

FACULTAD DE
DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS



Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA-
GENÉTICA EN LA FILIACIÓN EN LOS RECIÉN NACIDOS
PRODUCTO DE UNA SUBROGACIÓN UTERINA EN EL
PERÚ”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogada

Autora:

Sheyla Dollybeth Bazán Yauri

Asesor:

Mg. Jimmy Rómulo Márquez Moreno

Lima - Perú

2021

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a Dios, a mi esposo Lenin y mi hija Inés, a mis amados padres Pedro e Inés y a mi mami Cheli que está en el cielo, por quienes me esforcé y me esfuerzo todos los días.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a todos los docentes de la universidad, amigos
y familiares que me apoyan con sus conocimientos del
tema que hoy estoy desarrollando, a todos ¡Muchas
gracias!

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO.....	3
ÍNDICE DE TABLAS	6
ÍNDICE DE FIGURAS	7
RESUMEN.....	8
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	9
1.1. Realidad problemática	9
1.2. Antecedentes	11
1.2.1. Antecedentes internacionales	11
1.2.2. Antecedentes nacionales	14
1.3. Marco teórico.....	17
1.3.1. Principio de Verdad Biológica o Genética	17
1.3.2. Filiación en el Perú	21
1.3.3. Subrogación uterina	24
1.3.4. Maternidad legal y biológica.....	31
1.3.5. Técnicas de Reproducción Asistida	33
1.4. Marco conceptual.....	36
1.4.1. Maternidad subrogada.....	36
1.4.2. Recién nacido.....	37
1.4.3. Interés superior del niño	39
1.4.4. Derecho a la identidad.....	40
1.4.5. Derecho a la reproducción humana	42
1.5. Formulación del problema	47
1.6. Objetivos.....	47
1.6.1. Objetivo general.....	47
1.6.2. Objetivos específicos	47
1.7. Hipótesis	48
1.7.1. Hipótesis general.....	48
1.7.2. Hipótesis específicas	48
1.8. Justificación	49
CAPÍTULO II. MÉTODO.....	50
2.1. Tipo de investigación.....	50
2.2. Población y muestra	51
2.2.1. Unidad de estudio.....	51

2.2.2.	Población y muestra.....	51
2.3.	Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos	52
2.4.	Procedimiento	52
2.5.	Aspectos éticos	54
CAPÍTULO III. RESULTADOS		57
CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES.....		64
REFERENCIAS		72
ANEXOS		80

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Cuadro comparativo respecto de la regulación de la maternidad subrogada	30
Tabla 2 Cuadro de sentencias analizadas	51

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 técnica de triangulación	53
Figura 2 prevalencia según tipo de TERHAS	57
Figura 3 prevalencia según tipo de TERHAS heterólogas	58
Figura 4 contrato formal en la subrogación uterina	60
Figura 5 Principio de Verdad Biológica-genética en la filiación de los recién nacidos por subrogación uterina	62
Figura 6 Principio del Interés Superior del Menor en los recién nacidos por subrogación uterina	62
Figura 7 regulación expresa de la utilización de TERHAS con subrogación uterina	63

RESUMEN

Uno de los problemas jurídicos es el referido a la filiación del recién nacido producto de una subrogación uterina. En nuestro país la filiación paterna acepta el principio de verdad biológica, sin embargo, la filiación materna se da bajo el principio “*mater semper certa est*”, por ello se planteó como pregunta de investigación ¿Debería aplicarse el principio de verdad biológica-genética en la filiación de los recién nacidos producto de una subrogación uterina en el Perú?. El objetivo de la investigación fue determinar si debería aplicarse el principio de la verdad biológica-genética en la filiación de los recién nacidos producto de una subrogación uterina en el Perú. El tipo de investigación es de enfoque cualitativo, descriptiva básica, con diseño no experimental, transversal descriptivo. En los resultados se encontraron que las TERHAS heterólogas son las más usadas, pero no existe una regulación específica y que el principio del interés superior del niño y adolescente, es el elemento fundamental para que se determine la filiación actualmente. Se concluye que, al no existir una norma de regulación sobre la aplicación de la subrogación uterina, se debe dar paso a que la filiación del recién nacido mediante la aplicación del principio de verdad biológica-genética, siempre y cuando uno de los donantes sea un integrante de la pareja.

Palabras clave: Contrato de subrogación uterina, Principio *mater semper certa est*, Principio de verdad biológica-genética.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

La reproducción humana es un proceso biológico que permite la formación de un nuevo ser humano, y por ende la supervivencia de nuestra especie. Antiguamente aquellas parejas o individuos que no podían tener hijos por diferentes factores, tenían como única opción la adopción para poder ser padres; posteriormente en el Reino Unido el 25 de julio de 1978, Louise Brown se convirtió en la primera persona nacida gracias al método de la fertilización in vitro (primer bebé probeta), gracias al trabajo entre Patrick Steptoe y Robert Edwards, quienes en 1966 ya habían logrado fecundar un ovocito humano. Posteriormente se produjo el primer nacimiento a causa de la donación de un óvulo (EE.UU., 1984), y en Australia una mujer alumbró a un bebé que provenía de un embrión congelado, con lo que la posibilidad de la crío preservación de embriones se añadía a esta gama de técnicas. Este avance científico abrió una esperanza para aquellas personas que deseaban ser padres biológicos.

Como es sabido, con este avance científico abrió las puertas a la maternidad subrogada o también llamada “vientre de alquiler”, En Estados Unidos de Norteamérica, Michigan, 1976, el abogado Noel Keane, abrió la posibilidad legal de que una mujer gestara por otra, realizando este el primer contrato formal entre una gestante subrogada y una pareja casada, posteriormente el abogado Keane abrió una clínica en donde se especializaron en maternidad subrogada, pero en 1988 cerro porque el Estado de Michigan prohibió, este contrato (oneroso), sin embargo el abogado abrió su clínica en los estados en los que sí está permitido, y así como él, en la actualidad en

E.E.U.U existen otras clínicas. Posteriormente, esta práctica se extendió hacia Europa y el mundo.

En Latinoamérica, se vienen realizando las TERHAS hace muchas décadas, respecto de la maternidad subrogada (como contrato), en algunos países es aceptado y regulado, en otros no se encuentra regulado y en otros no es aceptado. Toda vez que este tipo de práctica trae consigo una serie de cuestiones legales, dentro de las cuales tenemos la filiación del recién nacido producto de esta práctica.

Hoy en día existe una enfermedad no transmisible, pero que de manera silenciosa se encuentra cada vez más latente, la infertilidad de las personas, que afecta a la salud y por ende la reproducción humana, generando que las personas que aspiran a ser padres recurran a Técnicas de Reproducción Humana (en adelante TERHAS) para materializar su acceso a la paternidad.

El Perú no es ajeno a la regulación legal del acceso de estas técnicas de reproducción asistida, conforme lo consagra el artículo 7° de la Ley N° 26842 Ley General de Salud. Sin embargo, el acceso a la técnica de la subrogación uterina no es amparada por la normativa vigente, lo que trae a colación un conflicto entre el derecho a la reproducción humana y la filiación producto de un mal denominado “vientre de alquiler”.

El derecho a la reproducción humana, como derecho fundamental de la persona, no debe verse limitada por la restricción del acceso a las técnicas de reproducción asistida, cuando naturalmente no se puede concebir; en ese sentido, al carecer de una regulación legal nacional en materia de la subrogación uterina, genera un vacío legal en cuanto al vínculo parental entre los padres genéticos (biológicos) y el recién nacido, siendo que para todo efecto legal en el Perú el vínculo parental entre la madre que

alumbró y el recién nacido se rige por el principio mater “*semper certa est*” (la madre es siempre conocida).

De ese modo, al verificarse la participación de los padres genéticos (biológicos) al acceso de su derecho a la reproducción humana, mediante el uso de la subrogación uterina, quedan vinculados biológicamente al recién nacido, resaltando una verdad fenomenológica, que se refleja en el denominado “principio de verdad genética (biológica)”, lo que en suma, sería la mejor evidencia para resolver los conflictos de intereses frente a la filiación de los recién nacidos producto de subrogación uterina.

Los jueces peruanos no son ajenos al involucramiento de controversias jurídicas generadas por la determinación de la filiación del recién nacido por subrogación uterina, recurriendo a las fuentes del Derecho para cubrir el vacío legal (laguna jurídica) de nuestro ordenamiento jurídico frente a la subrogación uterina o maternidad subrogada; así mismo se apoyan con las pruebas científicas (prueba de ADN y otras), la aplicación de los principios y ponderación de los derechos de las partes involucradas, para poder analizar y resolver este tipo de controversias jurídicas.

1.2. Antecedentes

En el proceso de revisión sistemática, se consultó diversos trabajos de investigación científica en materia jurídica, de los cuales se encontraron algunos realizados sobre el tema en específico, sobre la aplicación del principio de verdad genética (biológica) en la subrogación uterina.

1.2.1. Antecedentes internacionales

CASO BABY M. Al respecto narra que, en New Jersey, EEUU, se presentó el primer caso que planteaba un problema de índole jurídico respecto de la maternidad subrogada, me refiero al caso Baby M. La señora Mary Beth Whitehead

de 29 años (madre de 2 hijos) firmó un contrato en 1985 dónde renunciaba a sus derechos como madre del bebe y cedería la custodia a la pareja Elizabeth y William Stern (esposos). Pero al nacer la niña, la madre gestante no quiso entregar a la niña, por lo que decidió devolver el dinero que recibió en virtud del contrato (10000 dólares), para de este modo no cumplir con el contrato.

La señora Whitehead reclamaba la custodia de la niña en virtud de que ella era la madre biológica (genética y gestante), ya que fue inseminada con el esperma de William Stern. En abril de 1987, el juez Harvey Sorkow falló a favor de los padres legales, los Stern destacando los siguientes argumentos:

- El contrato que se había firmado era legítimo y que el dinero recibido por la gestante no constituía el precio del bebé, sino de los servicios de la madre gestante.
- La señora Whitehead tenía patología psiquiátrica por lo que no era apta para el cuidado de la niña, a quien calificaba de "manipuladora, impulsiva y explotadora, una mujer sin simpatía". En cambio, los Stern eran estables; descritos como "gente sincera, creíble y honesta, que no han demostrado dificultades para hacer frente a la crisis".
- El juez consintió a la madre gestante visitas a la pequeña Baby M. (López, 2016, p. 23)

Este fue un caso emblemático y que sirvió de precedente para muchas sentencias; en donde notamos que en virtud del interés superior de la niña y que uno de los cónyuges era padre biológico (esposo) es que se dio la paternidad a favor de los padres legales y en consecuencia la filiación. Posteriormente para evitar las controversias generadas por este tipo de contratos de maternidad subrogada a título

oneroso, se prohibió este tipo de contratos en el estado; sin embargo, actualmente en Michigan, Nueva Jersey y Nueva York, sólo es posible la modalidad altruista.

En Colombia tenemos el análisis que realiza Areíza (2019), en la tesis *La viabilidad de la maternidad subrogada en Colombia desde la teoría del negocio jurídico*, refiere:

[...]en Colombia la Corte Constitucional solamente se ha pronunciado en una ocasión mediante la sentencia T-968 de 2009. En esta ocasión el Tribunal Constitucional se enfrenta a un proceso de tutela en donde una pareja estadounidense alquila un vientre en Colombia, pero al momento de nacer los menores, ellos no pudieron sacar a los niños del país y por ende instauran un proceso de tutela ante el Tribunal de Cali.

En primera instancia el Tribunal de la ciudad de Cali permite la salida del país de los menores, no obstante, este fallo fue impugnado por la madre gestante y como resultado de la sentencia de segunda instancia se niega la salida de los menores.

Este dilema llega a estudio por parte de la Corte Constitucional quien estudia el caso y argumenta lo siguiente.

En primer lugar, la Corporación establece que la maternidad subrogada se puede definir de la siguiente manera: “Es el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el debe ceder todos los derechos sobre el recién

nacido a favor de otra mujer que figurará como madre del mismo” (Sentencia T-968, 2009). En este orden de ideas, la Corte considera que las técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro, combinadas con la maternidad subrogada, permiten a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su óvulo y semen de su marido, compañero o donante [...].

En palabras de la Corte: “La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción es que el niño que nace es biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el esperma del padre” (Sentencia T-968, 2009).

[...] En efecto, la Corte sostiene que la doctrina ha llegado a considerar la maternidad subrogada o sustituta como un mecanismo positivo para resolver problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido, los actos de disposición propios del cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos en las partes involucradas (Sentencia T-968, 2009). Frente a estos motivos, el Tribunal Constitucional evidencia la necesidad de promulgar normas que regulen este tipo de prácticas [...].

Teniendo en cuenta los argumentos y requisitos presentados por la Corte, el Tribunal asegura que en el presente caso no existe un contrato de alquiler de vientre por cuanto los gametos aportados en el procedimiento son de la mujer gestante, razón por la cual se reconoce a la mujer gestante como la madre biológica de los menores y en consecuencia la Corporación intento preservar

los derechos fundamentales tanto de la madre como el de los menores implicados en el caso. (pp.56-60)

Como podemos notar que el Tribunal Constitucional Colombiano, considera a la maternidad subrogada como una THERA, así mismo, no prohíbe esta práctica, sin embargo, no existen leyes que la regulen específicamente en Colombia. Así mismo notamos que para la corte ha prevalecido el Principio de verdad biológica-genética alegada por la madre gestante, toda vez que considera que, si los niños portan su genética, en consecuencia, son hijos de la gestante y del esposo contratante.

1.2.2. Antecedentes nacionales

En el Perú debemos de entender a la maternidad subrogada como un contrato que se utiliza para llevar a cabo una gestación por otra mujer, la cual se emplea como una TERHA; esto es como un apoyo tecnológico disponible según lo expresa el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia, en adelante CSJ de Lima, que indica:

[...] Puesto en términos más sencillos, la normativa y jurisprudencia convencional –al que se encuentra sometido este Juzgado por imperio del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional– disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para –de manera informada– asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como “vientre de alquiler”) [...]. (Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 en el fund. 7 tercer párr.)

En la actualidad gracias al avance de la ciencia es posible que las parejas estériles puedan tener hijos con ayuda de la ciencia (TERHA), por lo que la filiación del recién nacido producto de una subrogación uterina resulta muy importante (derecho fundamental). Por principio de verdad biológica-genética no es hijo

genético de la madre subrogada aquel en el que ella no aportó su óvulo (salvo que la madre gestante sea también la madre genética); sin embargo, nuestra legislación establece que la mujer que pare (gestante) es la que afilia al recién nacido, independientemente si este producto (concebido) porte su carga genética.

En la legislación peruana, el Código Civil (en adelante C.C.), en su libro III, sección tercera, correspondiente a la Sociedad paterno-filial, se establece la existencia de dos grandes tipos de filiación: matrimonial (Título I) y extra matrimonial (Título II) y excepcionalmente la filiación por adopción. La primera de ellas, también conocida como filiación por naturaleza, tiene como base el matrimonio en dentro del cual se asume que los hijos son por consecuencia hijos biológicos de los cónyuges; en el segundo caso, la base es el principio de veracidad biológica de las parejas, el cual establece que serán considerados padres biológicos aquellos de cuya unión (de gametos) haya nacido el hijo.

En este contexto tenemos que la madre biológica (gestante y genética) por naturaleza son la misma persona, es por esto que nuestra legislación acepta el principio “*mater semper certa est*” (el parto prueba que la mujer gestó un hijo) contemplado en el Código Civil peruano; sin embargo, en este campo de la ciencia biológica se ve alterado con la utilización y separación de la madre biológica.

En relación a las TERHAS, éstas pueden ser de dos tipos según el donante de los gametos: las homólogas (la pareja son los donantes) y las heterólogas (un integrante de la pareja o ninguno son donantes). Cuando se aplica la maternidad subrogada heterólogas no siempre la madre gestante es la madre genética; toda vez que en algunas ocasiones coincide la madre gestante y madre genética, esto concordante con el artículo 7 de la Ley General de Salud que dice “toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear

mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona [...]”, y en otras no coinciden ser la madre gestante y genética.

En este sentido, según el Código Civil peruano para poder afiliar al recién nacido de un útero subrogado se tendría que consignar como madre a la gestante y esta posteriormente darlo en adopción; pero cuando el cónyuge o conviviente son los donantes de uno de los gametos masculino (esperma) o femeninos (óvulo) se genera un problema legal ya que la normatividad, no permite que uno de los padres biológicos o los dos padres biológicos puedan adoptar a su propio hijo; no tomó en cuenta la fertilización heteróloga en donde los cónyuges o convivientes no son los padres genéticos, ya que en este caso por obvia razón la filiación se debe hacer por adopción.

Como se plantea, si se decide adoptar se estaría incurriendo en una falsedad, sin embargo, por lo prescrito implícitamente en el C.C. peruano tampoco se puede consignar a la madre genética generando un problema legal, el cual afecta la identidad real del niño.

En el C.C. la filiación del recién nacido es bajo el principio *mater semper certa est*; sin embargo, este principio ya no se ajusta a nuestra realidad social actual, generando así un problema ya que se debería abandonar el citado principio y dar paso a la aplicación del principio de verdad biológica-genética.

En el proceso ordinario para afiliar a un niño, el profesional de salud (médico, obstetra, etc.) que atendió el parto (vaginal o cesárea) emite un documento que se llama Certificado de Recién Nacido Vivo (CRNV), que puede ser físico (llenado a mano con firma y sello del profesional que atendió el parto) o virtual (a través de un sistema interconectado con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

-RENIEC, que genera un código a cada profesional autorizado que atiende el parto), este se inscribe en el libro de recién nacidos de la institución (hospitales, clínicas, centros de atención de salud tanto públicos como privados).

Una vez que se tiene este documento, se llevará al Registro Civil a la municipalidad, en donde se procederá a emitir el acta (partida) de nacimiento, la cual genera el vínculo legal (filiación) del recién nacido con sus padres, para posteriormente tramitar el Documento Nacional de Identidad (DNI) en RENIEC.

En el Certificado de Recién Nacido Vivo (CRNV), se consignan los datos de la madre (biológica que alumbró), la huella dactilar del dedo índice derecho de la madre y el padre (los que refiere la paciente), los datos del parto, datos del recién nacido incluida la huella plantar del recién nacido. Por naturaleza la madre biológica (gestante y genética) es la que afilia al recién nacido, pero los profesionales de salud se encuentran con un problema cuando la madre genética no es la gestante o cuando esta aun siendo madre biológica (gestante y genética) está bajo un contrato de maternidad subrogada, es decir no es la madre legal, lo mismo ocurre con los funcionarios de RENIEC que no tienen una base legal para afiliar en estos casos.

1.3. Marco teórico

1.3.1. Principio de Verdad Biológica o Genética

Para conceptualizarnos respecto de este principio tenemos lo que refiere

Díez-Picazo y Gullón (como se citó en Segura, 2014) que dice:

En principio la filiación es un hecho biológico y consiste en que una persona ha sido engendrada o procreada por otra. A esta relación que une a progenitores y a seres engendrados o procreados el ordenamiento jurídico les atribuye derechos y obligaciones. Por lo tanto, es un hecho biológico con trascendencia jurídica, de tal manera que puede decirse que la relación jurídica de filiación se establece entre las personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que

sitúa en la de hijos. Se va a denominar filiación, pues, tanto a la “condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos, como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo (p.4)

De acuerdo a Segura (2014), en su trabajo de fin de grado denominado *El Principio de Veracidad Biológica en la filiación por Naturaleza*, indica que, en el ordenamiento jurídico español, existen dos grandes tipos de filiación, la biológica y la adoptiva. La primera de ellas, también conocida como filiación por naturaleza, sostiene sus pilares sobre la base del principio de veracidad biológica, el cual establece que serán considerados padres biológicos aquellos de cuya unión haya nacido el hijo. Hoy en día, con la aparición de las técnicas de reproducción asistida, es necesario interpretar del nuevo el principio de veracidad biológica y entender que, cuando se emplee la reproducción asistida, se considerará padre a aquel que aporte el semen, y madre a aquella que dé a luz al hijo. Sin embargo, no surgen los problemas, en cuanto a la filiación del hijo, hasta el momento en que dichas técnicas se emplean con material reproductor de donante, o son usadas por mujer sola o por parejas del mismo sexo, o se recurre a un “vientre de alquiler”. En conclusión, la utilización de las técnicas de reproducción asistida ha dado lugar a numerosos problemas relacionados con la filiación por naturaleza y han creado situaciones en las que se producen ficciones legales y se quiebra el principio de veracidad biológica.

De Lorenzi (2015) en la investigación *El derecho a conocer los orígenes biológicos La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida*, concluye que: 1) el derecho a conocer los orígenes biológicos es un aspecto del derecho a la identidad y, como tal, puede ser caracterizado como un derecho

humano, fundamental y autónomo. Reconocido como derecho fundamental, el derecho a la identidad es merecedor de una triple custodia jurisdiccional: la tutela judicial ordinaria (art. 24 C.E.), la protección judicial especial de los derechos fundamentales (art. 53.2 C.E.) brindada por el procedimiento de preferencia y sumariedad ante los Tribunales ordinarios y el recurso de amparo ante el T.C. y el recurso ante el T.E.D.H.; 2) el derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción y en la reproducción humana asistida con participación de terceros (en lo sucesivo ‘reproducción asistida’) queda fuera del ámbito de la filiación. La posibilidad de acceder a la información relativa a la concepción, gestación y/o nacimiento, incluida aquella que identifique a los progenitores, no crea ningún vínculo con ellos ni produce efecto legal alguno; 3) la revelación de los orígenes biológicos puede desencadenar situaciones de conflicto en el ámbito familiar. Cuando los intereses de hijos e hijas, padres y progenitores no resultan coincidentes, uno o más derechos pueden verse afectados. El caso más notable es el que puede presentarse entre el *derecho a la intimidad* de los padres y progenitores y el *derecho a la identidad* de la persona adoptada o nacida de reproducción asistida. Ante este conflicto debe prevalecer el derecho a la identidad.

Llancari (2008) en el artículo jurídico *Principio de prevalencia de la verdad biológica y el régimen legal de filiación*, refiere que la esencia original de la filiación es el vínculo biológico, que a través de él nos identificamos con nuestros descendientes; porque las coincidencias genéticas son las que caracterizan la parentalidad natural. Basado en este principio el legislador, fija las garantías que llevan al vínculo paterno-filial; y que, en busca de reglamentar este vínculo, hace constante referencia a fenómenos (futuros) que suponen una identificación cromosómica entre hijos y padres. De esta manera diferentes legislaciones dejan la

apertura probatoria de la parentalidad hacia el nexo biológico, sin necesidad de recurrir a las presunciones (haciendo que en todas ellas se admiten prueba en contrario), las pruebas biológicas-genéticas son un aporte invaluable de la ciencia respecto de la parentalidad referidos a la paternidad y maternidad.

En el Perú, actualmente respecto a la **paternidad**, se toma en cuenta la paternidad matrimonial (incluida la adopción) o la extramatrimonial. Como notamos, esta paternidad se determina por la genética del padre (padre biológico). Todos estos supuestos regulados se encuentran regulados en nuestro Código Civil en el Libro III, Sección tercera Título I (Filiación matrimonial) Título II (Filiación extramatrimonial), no generándose mayor cuestionamiento ni discusión, toda vez que predomina para la determinación de la paternidad el principio de verdad biológica (padre biológico).

Ahora bien, en relación a la **maternidad**, en la filiación matrimonial (art. 361 del Código Civil) no especifica la maternidad, pero la deja claramente sentada que la esposa es la madre cierta. Solamente se puede impugnar la maternidad en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo (artículo 371 del Código Civil); del mismo modo, el artículo 409 de nuestro código acotado refiere que la maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

En el caso de la madre, nuestro Código Civil adopta implícitamente el principio *mater semper certa est*, toda vez que asume que la mujer que alumbra siempre es la madre cierta por naturaleza, no teniendo más prueba científica como es el caso de la paternidad, sino solo bastaría la prueba del parto; de ese modo, se advierte que no es aplicable explícitamente el principio de verdad biológica porque

está asumida como tal, ya que cuando se redactó el Código Civil no existía forma de que el hijo que expulsara una mujer en el parto no sea su hijo.

1.3.2. Filiación en el Perú

Como sabemos en el Perú el Derecho de Familia está regulado en el Libro III del Código Civil, existiendo familias por parentesco que es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común, y el grado de parentesco se determina por el número de generaciones (artículo 236). También se regula el parentesco por afinidad (artículo 237) y el parentesco por adopción (artículo 238). La filiación en nuestro país se plantea en la sección tercera del Código Civil y estas son de tres formas: filiación matrimonial, filiación extra matrimonial y filiación por adopción.

Para la filiación existen dos componentes: la madre y el padre, para que de esta manera se proceda a la filiación del recién nacido conforme lo dispuesto en el artículo 19 del código sustantivo; y en relación al derecho al nombre, el artículo 20 regula que “al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre”.

i. Determinación de la paternidad.

El artículo 361° del CC (artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 agosto 2018), señala lo siguiente:

“El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.”.

En el caso de la filiación matrimonial se genera bajo el principio romanista “*pater is est quem nuptiae demonstrant*” (es padre aquel que indican las nupcias). Ahora bien, respecto de la paternidad nuestro legislador asume el parentesco

consanguíneo con el hijo natural (hijo biológico). Con la actual modificación de este artículo deja libre la salvedad que la madre exprese lo contrario, así mismo, el Art. 363° da la posibilidad de la negación de la paternidad matrimonial, que cita: “El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo [...] 5.- Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental [...]”. Así mismo, el artículo 402° indica la procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial:

“La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: 6.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza”.

Podemos notar que el CC toma muy en cuenta el principio de verdad biológica respecto del padre, el cual se apartó del principio “*pater is est quem nuptiae demonstrant*”, que declara la paternidad matrimonial. Tratándose tanto para impugnar y reconocer a un hijo toma la validez científica del ADN o una prueba de igual o mayor certeza (tratando de cubrir lo que pueda deparar la ciencia en un futuro).

ii. Determinación de la maternidad.

En la actualidad nuestra legislación establece la maternidad matrimonial o extramatrimonial, para el cual toma en cuenta el principio “*mater semper certa est*”, para lo cual entiende que la madre siempre está la que gesta y pare (madre biológica completa), solo cabe la impugnación de la maternidad por suplantación o parto supuesto, que a la letra prescribe el:

“artículo 371°.- La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto

supuesto o de suplantación del hijo”.

Con el contrato de maternidad subrogada, actualmente se puede distinguir: a una maternidad genética (por la aportación de gametos femeninos), a una maternidad gestacional (por gestar al futuro hijo), y a una maternidad jurídica (por la atribución de la función jurídico-social de madre). Estas funciones pueden atribuirse a diferentes mujeres, por lo que surge la necesidad de establecer qué maternidad prevalece para determinar la filiación (Pérez, 2002, pp. 319-320 y p. 332).

Por lo que surgen las teorías de la maternidad, según explica Vega (2017) el cual plantea tres teorías para determinación de la maternidad:

A. Teoría de la preferencia de la gestante. Tradicionalmente la maternidad era determinada por el hecho del parto, sobre la cual se sustenta la presunción de la maternidad desde las mismas instituciones jurídicas romanas y en muchas jurisdicciones madre es quien da a luz. Para esta postura, la maternidad se define por la gestación y se determina por el parto.

B. Teoría de la contribución genética. Un sector de la doctrina considera que en el caso que la gestante solo aporte la gestación, la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer que aportó el gameto. Es así que los partidarios de esta postura admiten que se podría impugnar la maternidad por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo sobre la base de la realidad genética, en cuyo caso la madre sería quien aportó el óvulo.

C. Teoría de la intención. En la actualidad existe una nueva corriente jurídica, acerca de la determinación de la maternidad en los casos de los menores nacidos mediante la técnica de “útero subrogado”. Esta teoría doctrinaria define la posibilidad de una maternidad social, es decir, que el presupuesto del hecho del parto sea sustituido por el de la libertad y responsabilidad de la procreación de los cónyuges, siendo este el criterio más favorable a los intereses del menor en los casos de útero subrogado. En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer que tuvo la voluntad procreacional, que originó el nuevo ser humano y desee tener la calidad de madre legal. (pp. 67-71)

Es así, que consideramos en el presente estudio que debemos abandonar el principio “*mater semper certa est*” y darle paso al principio de verdad biológica (como ya se está aplicando en el caso de la paternidad).

1.3.3. Subrogación uterina

Cuando hablamos de subrogación uterina nos referimos a aquella mujer que gesta un hijo para otra persona o pareja. Designar a la maternidad por otro se han utilizado diferentes denominaciones en Francia *mère porteuse* (madre portadora), en los Estados Unidos *surrogate mother* (madre sustituta), vientre de alquiler, gestación por contrato, gestación por sustitución, entre otras.

Canessa (2008) define así la maternidad subrogada:

Es la posibilidad de la gestación a través de una mujer sustituta ajena a la pareja solicitante o contratante. Tradicionalmente se solía conjugarse una solo mujer tanto la maternidad natural y la maternidad legal, hoy en día se determina la existencia de varias formas de maternidad, genética, gestante y legal [...]. (p.179)

Teniendo en cuenta esta definición y lo revisado podemos colegir que la maternidad subrogada es un tipo de TERHA o funciona como tal, así lo entiende la jurisprudencia nacional “como un apoyo tecnológico disponible”. (Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 en el fund. 7 tercer párr.)

Para Regalado (2016) la define como:

La maternidad subrogada hace referencia a los supuestos en donde “mujeres fértiles (madres gestantes) aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que normalmente se ha generado mediante esperma del varón que aparecerá como padre, y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre, para, producido el parto, entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo”. Esta técnica de reproducción asistida muestra un cambio en el propio concepto de maternidad [...]. (p.14)

Se considera que en esta concepción no necesariamente la gestante subrogada ni la subrogante tienen que estar en edad fértil, toda vez, que solo es necesario que una mujer en buen estado de salud (que cumpla con las condiciones para gestar), de su consentimiento voluntario, lleve a término la gestación de otra mujer o parejas.

Lamm (como se citó en Payalich, 2013) indica que:

“[...] me inclino por la denominación “gestación por sustitución” en virtud de que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto atento a que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra “sustitución” especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo. [...]”. (p.9)

Independientemente de la denominación, se considera que la gestación subrogada la hace referencia a una mujer que, de manera voluntaria, exista contrato o no, así mismo, medie o no una compensación monetaria, gesta al niño(a) (concebido) y/o niños(as) por otra persona (hombre o mujer) o pareja solicitante (matrimonio o unión de hecho); y que una vez producido el nacimiento, entregue al niño(a) y/o niños(as) a las personas que lo encargaron; para que estos asuman los derechos y deberes legales frente a la sociedad.

i. **Clases de maternidad Subrogada.**

Al respecto Canessa (2008) y Ticse (2018) haciendo referencia Mosquera y otros consideran dos clases de maternidad subrogada:

1. *Madre por subrogación propiamente tal*: en donde la maternidad subrogada se da cuando la mujer acepta ser inseminada con el esperma del marido de la mujer estéril y entrega al niño al nacer, por tanto, es madre biológica, gestadora y generadora.
2. *Madre portadora*. Mujer que lleva un embrión genéticamente ajeno implantado en su útero; aquí explica se pueden dar seis variantes:
 - 1). Cuando tanto el semen como el óvulo provienen de la pareja “contratante”.
 - 2). Cuando el óvulo proviene de la esposa “contratante” y el semen de un cedente.
 - 3). Cuando el óvulo pertenece a una cedente y el semen al esposo “contratante”.
 - 4). Cuando tanto el óvulo como el semen provienen de cedentes.
 - 5). Cuando el óvulo proviene de la “madre de alquiler” y el semen del esposo “contratante”.
 - 6). Cuando el óvulo proviene de la “madre de alquiler” y el semen de un cedente. (pp.14y15)

Podemos notar que según esta sub clasificación solo sería posible aplicar el Principio de verdad genética respecto de los esposos y convivientes voluntarios en

los supuestos 1, 2, 3,5. En los o casos 4 y 6 no sería posible la aplicación de este principio ya que allí evidentemente se aplicaría la adopción.

Vega (2017) haciendo referencia a Varsi Rospligliosi, nos indica que partiendo de la “maternidad subrogada” puede darse de innumerables formas dentro de ellas las siguientes:

A. Madre Portadora: Cuando la una mujer aporta sus óvulos, pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar, en este caso busca a otra mujer que colabore con ella en la gestación. En este caso sólo sería préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Esto se configura en un caso de trigeneración humana: 1) el aporte de espermatozoide es del marido, 2) aporte del óvulo de su mujer y 3) la madre gestante es una tercera.

B. Madre sustituta: Cuando la mujer no aporta sus óvulos ni puede gestar (deficiencia ovárica y uterina), en este caso busca a otra mujer que cumpla con dichas funciones y termine la de gestación y parto. Es un caso de maternidad total, en este caso la progeneración humana es integral :1) el aporte de espermatozoide es del marido, y 2) la mujer sustituta, es la donante del ovulo y útero, es decir madre procreante es la misma que la gestante.

C. Ovodonación: Cuando la mujer tiene una deficiencia ovárica (no puede aportar sus óvulos), pero si puede gestar por lo que, en este caso solo necesita una donante de óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se origina un caso de trigeneración humana: 1) el aporte de espermatozoide del marido, 2) el óvulo de una mujer cedente y 3) gestación de la mujer de la pareja o esposa, en este la madre genética no es la misma que la gestante.

D. Embriodonación: El problema es de infertilidad completa de la pareja, es decir, tanto la mujer (deficiencia ovárico uterina) y el hombre (estéril) no pueden

tener hijos, entonces necesitarían cedentes de esperma, óvulo y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de multigeneración humana: 1) el embrión es de una pareja cedente; 2) el embrión es gestado otra mujer. La madre genética no es la misma que la gestante, a lo que se suma el problema de la paternidad que no le corresponde al marido.

De lo expresado por Varsi (2010) indica que solo en el primer supuesto se considera como “maternidad subrogada”, considera que los otros tres, disocian la maternidad. Considera que cuando hay participación de dos mujeres, la maternidad es parcial. (pp.41-43)

Podemos decir que en esta división que hacen Vega, distingue en una maternidad subrogada total como sería en supuesto de la clasificación B, y una maternidad subrogada parcial como es el caso de las clasificaciones A, C y D. Considero que para nuestro estudio es importante aquellos supuestos en donde uno o dos integrantes de la pareja tengan la relación genética con el niño nacido mediante esta técnica, las cuales lo encontramos dentro de las clasificaciones A, B y C. No considero importante para nuestro estudio la clasificación D, porque en este supuesto, la filiación definitivamente sería por adopción.

Tenemos también otra forma de clasificación según la existencia del factor económico, Araya (como citó Valdivia, 2020) nos refiere que:

[...] quién en base a las finanzas (dinero) que existan de por medio separa a la maternidad subrogada en:

- Altruista: Cuando la mujer que lleva el embarazo lo hace sin ánimo de lucro, es decir, no obtiene remuneración o pago por sus servicios. Los padres biológicos se suelen responsabilizar por los gastos médicos y legales, y es posible que se incluya compensación por otros aspectos que afectan el bienestar del embarazo y la madre portadora, como atención psicológica y alimentación, o son necesidades directamente relacionadas con el embarazo, como ropa maternal. (párr.5)

- Lucrativa: Cuando la madre gestacional ofrece llevar el embarazo a cambio de una suma de dinero. En este caso, las madres suelen trabajar por medio de una agencia especializada en maternidad subrogada. El monto a recibir varía según el contrato negociado, y suele contemplar pagos adicionales para embarazos múltiples y de alto riesgo. (párr.6)

Frente a esta división, que, independientemente de la autora, por lo general, tiende a ser un tema siempre presente cuando se habla de una Subrogación Uterina [...]. (p.19)

En esta otra división que propone Valdivia, notamos que en la actualidad el factor económico es muy importante, y la vez genera muchas posturas a favor y en contra respecto de una compensación económica; en EEUU y otros países aceptan el pago, a modo de compensación por el servicio brindado; en cambio en otros países como Brasil entre otros, está permitido solo por razones altruistas porque se trataría de un fin humanitario que permitirá a una persona o pareja cumplir con el deseo de tener un hijo biológico-genético (que porte la carga genética de 1 o 2 de los padres).

Teniendo en cuenta nuestra actual legislación solo sería posible la filiación materna bajo el principio “*mater semper certa est*”; generando un serio problema respecto de la legislación y la realidad social actual; la aplicación del principio de verdad biológica pondría orden para la regulación de estos casos en particular.

ii. Regulación de la maternidad Subrogada.

Todos los estudios revisados concluyen que en el Perú no existe una regulación específica respecto de la maternidad subrogada; sin embargo, es un contrato que se viene aplicando en la actualidad.

En lo revisado podemos observar que existe controversia respecto de la validez del contrato de subrogación uterina ya que algunos como Cáceres, De la Fuente plantean que este contrato no debería permitirse toda vez que uno de los elementos del contrato es que sea lícito, en este sentido ellos plantean que tanto la

ley general de salud se consigna que en el caso de fertilización heteróloga solo se podrá realizar en aquellas mujeres que la condición de madre genética y madre gestante recaigan en la misma persona.

Otros en cambio consideran que la corte señala “al establecer los derechos a la vida privada de los Arts. 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones.

Por otro lado, en la casación 4323 – 2010 Lima, esta manifiesta en su fundamento octavo indica: “[...] Que habiendo quedado establecido que el proceso de fecundación cuestionado no deviene en ilegal [...]” este caso se trató de una subrogación uterina Heteróloga en donde el gameto masculino era del esposo y el gameto femenino era de una donante anónima.

Considero que el derecho es una ciencia evolutiva, y como tal se debe renovar de acuerdo a las necesidades que se generan en la población, con respecto a el contrato de subrogación uterina, considero que una persona puede beneficiarse de la ciencia para conseguir el anhelo de ser padres y de esta manera desarrollarse plenamente.

iii. Regulación de la maternidad Subrogada en el derecho comparado.

Respecto a este punto existe diferentes tratamientos legales a este tan polémico contrato, en este sentido hemos revisado y analizado la legislación nacional, y coincido con todos los estudios revisados en la presente investigación que concluyen que en el Perú no existe una regulación específica respecto de la maternidad subrogada.

Para efectos didácticos hemos preparado el siguiente cuadro:

Tabla 1

Cuadro comparativo respecto de la regulación de la maternidad subrogada

PAÍS	MATERNIDAD SUBROGADA		
ALEMANIA		NO PERMITIDO	
ARGENTINA			SIN REGULACION
BRASIL	PERMITIDO		
COLOMBIA			SIN REGULACIÓN
EEUU	PERMITIDO		
ESPAÑA		NO PERMITIDO	
FRANCIA		NO PERMITIDO	
MEXICO	PERMITIDO		
REINO UNIDO	PERMITIDO		
Perú			SIN REGULACIÓN
Uruguay	PERMITIDO		

Fuente: Legislaciones consultadas de cada país.

Así podemos notar que, en la mayoría de países europeos, no está permitido este contrato ya que lo consideran nulo y vulnerable respecto de la vida humana; por ejemplo, en el Reino Unido, si está permitida y regulada la maternidad subrogada, siempre y cuando sea *ad honorem*, es decir sin fin de lucro, y cumpliendo con los requisitos para este; estable también que, si hubiera de por medio pagos por parte de las partes, pueden ser acusadas de infringir la Adoption Act de 1985.

En el caso de Norteamérica si está regulado, en los EEUU inclusive está permitido con fines de lucro, es decir como un contrato remunerado en algunos estados como Florida, Nuevo Hampshire, Nevada, Texas, Utah, Virginia y Washington, Arkansas, Connecticut, Iowa, Dakota del Norte, Nuevo México, Tennessee y Virginia Occidental; en otros estados como Luisiana, Indiana, Kansas y Nebraska este tipo de convenios son declarados nulos y no gozan de validez; e incluso en los estados de Arizona, Michigan y Nueva York la participación en este tipo de procedimientos constituye un delito penal y adicional consagra elevadas multas a los padres de intención y todos los que faciliten el proceso.

(Parra, 2016). En el caso de México y Uruguay tiene un tratamiento diferente ya que no se permite el lucro con este procedimiento, sino con fines altruistas, cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley.

En Sudamérica, en Brasil no se encuentra regulado específicamente, sin embargo, se tiene la Resolución del Consejo Federal de Medicina N° 1957/2010 en su sección VII, que establece la posibilidad de la utilización de la maternidad subrogada, sin fines de lucro y que la subrogada deberá tener parentesco con la madre biológica hasta el segundo grado.

En Argentina, Colombia y Perú, no está regulado con una legislación específica, sin embargo frente a la realidad existe jurisprudencia que indican la licitud de estos contratos siempre que estos sean sin fines de lucro (las partes intervinientes en la subrogación uterina).

1.3.4. Maternidad legal y biológica

Es importante hacer una distinción respecto de estos términos, así pues, tenemos:

i. Maternidad legal. También llamada maternidad jurídica, al respecto

Duarte (2004) nos dice:

“[...] Maternidad Jurídica: Corresponde a aquella mujer que es tenida como madre para todos los efectos legales [...]”. (p.2)

Se puede notar, que en la gestación por subrogación puede existir la intervención de varias personas, las cuales producen disociaciones de la maternidad dentro de las cuales tenemos que la madre legal es aquella que

tiene la facultad de ejercitar derechos y deberes propios de una madre. Puede ser tanto aquella que posee relación biológica con el nacido (gestante, genética y genético-gestante), en este tipo de maternidad no existe inconvenientes, ya que ella misma aporta su óvulo y/o gesta al embrión, llevando a término su embarazo con el parto; en este caso se garantiza jurídicamente en virtud del vínculo biológico y del principio “*mater Semper certa est*”. Por otro lado, tenemos a la mujer que no habiéndolo gestado ni porta la misma carga genética, asume frente al hijo los derechos y las obligaciones inherentes a la maternidad, como ocurre en la adopción. (Payalich Cayra, 2019, pp. 20 y 21)

- ii. **Maternidad biológica.** La maternidad biológica está dada por naturaleza, en este sentido Canessa (2008) refiere:

“[...]desde la Exposición de Motivos de la ya derogada Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida española N° 35/1988), que establecía que "la maternidad biológica puede ser plena o no plena (...) en la plena la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación) o su óvulo/s) (maternidad genética), pero no ambos (...)" En nuestro país una legislación de "lege ferenda" deberá resolver la problemática jurídica planteada a partir de la variabilidad de maternidad que puedan presentarse. [...] (p.52)

La maternidad biológica puede ser diferenciada en maternidad genética y maternidad gestante, en el primer caso es la mujer quien aporta el gameto femenino (óvulo con sus 23 cromosomas haploides) fecundado, en el segundo caso la mujer es quien gesta al nuevo ser a ella se le transfiere los gametos masculinos o se le implanta el preembrión desarrollando el embarazo. Ahora la maternidad biológica puede ser plena o parcial, será plena si la madre ha gestado al hijo con su propio gameto (óvulo), será parcial si sólo aporta su gameto (óvulos) en cuyo caso nos encontramos con la maternidad genética y si sólo aporta la gestación, pero no ambos. [...]” (p.180)

En concordancia con este concepto Duarte (2004) indica:

“[...]Maternidad Biológica: Corresponde a aquella mujer que realiza su aporte al crecimiento de la criatura. En este sentido tanto madre

genética como la madre gestacional deben ser tenidas como madres biológicas [...]”. (p.2)

Como podemos notar, la maternidad biológica esta intrínsecamente relacionada a la naturaleza, en donde la madre gestante es biológica; pero con la utilización de las TERHAS, este concepto ha cambiado y es importante diferenciar entre maternidad genética y maternidad gestante, para de esta manera poder determinar los diferentes derechos que se desprenden de esta distinción, especialmente los referidos a la filiación del recién nacido.

1.3.5. Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Para poder enmarcarnos en nuestro tema es importante tener unos breves alcances sobre las TERHAS.

i. Definición de TERHA

Paraíso, Dolz, Salgado y Salvador (2019) definen a las TERHAS como:

El conjunto de técnicas y tratamientos que sustituyen el proceso natural de la reproducción con el objetivo de facilitar un embarazo.

En función de cual sea la causa y el origen de la infertilidad, los profesionales de la reproducción asistida (ginecólogos y embriólogos) podrán manipular en mayor o menor grado el funcionamiento del sistema reproductor masculino y femenino. [...]. (Párr. 1-6)

Como podemos colegir, en este tipo de técnicas se puede intervenir en cualquiera de los factores y procesos de la concepción.

ii. Definición de Infertilidad

Al respecto Roa-Meggo (2012) define que: “la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.” (p.4)

iii. Clasificación de las TERHAS.

Las clasificaciones de las TERHAS según el procedimiento a realizar pueden ser: intra corpóreas y extra corpóreas.

a) TERHAS intracorpóreas. Es aquella que se realiza en el interior del útero, mediante la introducción de semen de manera mecánica sin copulación, en donde se tiene que obtener previamente el semen (gametos masculinos) que permita la unión con el ovulo para dar paso a la fertilización (Marco y Tarasco, 2001, p.20).

Estas se pueden clasificar en:

- Inseminación artificial (IA).
- Inseminación intrauterina directa (IIUD).
- Inseminación intraperitoneal (IIP).
- Transferencia intraperitoneal de espermias y ovocitos (TIPEO).
- Transferencia intratubárica de gametos (GIFT)

De las cuales la más comúnmente utilizada es la inseminación artificial (IA).

b) TERHAS extracorpóreas. Es aquella que se da en laboratorio, el cigoto o embrión obtenido de la unión de los gametos (ovulo y espermatozoide) el cual es transferido al útero de la mujer para que continúe su desarrollo hasta el nacimiento (Marco y Tarasco, 2001, p.20).

A este tipo de técnica también se le conoce como fertilización in vitro (FIV) puede realizarse de diferentes maneras (sin micro manipulación de gametos, con micro manipulación de gametos).

Se pueden clasificar también según la donación de gametos (femeninos y masculinos) y pueden ser:

A) Homólogas. Tanto el gameto femenino – ovulo como el masculino – espermatozoide, pertenecen a los esposos o convivientes voluntarios.

B) Heterólogas. Cundo uno o los dos gametos no pertenecen a los esposos o convivientes voluntarios.

En el Perú se realizan estas técnicas de reproducción asistida, desde muchos años atrás; actualmente existen muchas clínicas especializadas en fertilidad, así mismo, algunos centros de salud privados y públicos que ofrecen este servicio en todo nuestro territorio nacional (Canessa, 2008). Para nuestro estudio nos interesa la clasificación según donación de gametos, toda vez que en el caso de las homólogas hay poca discusión, ya que se fundamentan en su totalidad bajo el principio de verdad biológica y las heterólogas que si generan mucha discusión y controversia.

No nos explayamos más en el tema, toda vez que solo busco un conocimiento breve respecto del tema médico, ya que este no es objeto de estudio en el presente trabajo de investigación.

iv. Condición médica para la aplicación de las TERAS.

Las TERHAS son utilizadas como un recurso para lograr obtener un hijo (que porte tu genética). Las parejas o mujeres que acuden a los servicios de salud lo hacen porque necesitan de una asistencia profesional para lograr su objetivo.

Existen condiciones médicas que producen problemas de infertilidad, para lo cual deberán evaluar a la pareja (hombre –mujer) o la mujer para determinar las causas de esta, Paraíso et al (2019) refiere:

Las alteraciones en la fertilidad de hombres y mujeres que les impiden o dificultan tener un hijo de forma natural son las siguientes: Infertilidad masculina. Mala calidad seminal, ausencia de espermatozoides, alteraciones genéticas en los espermatozoides, etc.

Infertilidad femenina. Alteraciones del ciclo menstrual, cantidad y/o calidad de los óvulos disminuida, problemas que afectan a la implantación embrionaria, etc.

Además, si existe en la familia alguna enfermedad hereditaria que pueda dar lugar al nacimiento de un niño enfermo, se recomienda no intentar el

embarazo natural y acudir a una clínica para realizar un estudio genético [...].
(Párr. 47-55)

La condición médica es muy importante, ya que si no existiera esta condición no tendría sentido someterse a las TERHAS. El solo capricho, no es suficiente para acudir a la ciencia, sino que debe existir una causa objetiva y real de la necesidad de la pareja (hombre –mujer) o la mujer para para someterse a estas, de lo contrario nos estaríamos excediendo en nuestra libertad.

1.4. Marco conceptual

Para llevar a cabo una apropiada investigación resultó indispensable definir algunos conceptos clave para poder internalizar con su problemática y sus objetivos.

1.4.1. Maternidad subrogada

Cuando hablamos de subrogación uterina nos referimos a aquella mujer que gesta un hijo para otra persona o pareja.

Canessa (2008) define así la maternidad subrogada:

Es la posibilidad de la gestación a través de una mujer sustituta ajena a la pareja solicitante o contratante. Tradicionalmente se solía conjugarse una solo mujer tanto la maternidad natural y la maternidad legal, hoy en día se determina la existencia de varias formas de maternidad, genética, gestante y legal [...]. (p.179)

Teniendo en cuenta esta definición y lo revisado podemos colegir que la maternidad subrogada es un tipo de TERHA o funciona como tal, así lo entiende la jurisprudencia nacional “como un apoyo tecnológico disponible”. (Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 en el fund. 7 tercer párr.)

1.4.2. Concebido

Urcia, Urbina y Carranza (2016) definen:

Definición del concebido.

El concebido es un sujeto de derecho privilegiado, que se inicia en la concepción y culmina antes del nacimiento.

[...] el concebido es el ser humano antes de nacer que, pese a que dependen de la madre para su subsistencia, esta genéticamente individualizado frente al

ordenamiento jurídico como tal, se convierte en un centro de imputación de deberes y derechos que lo favorecen. Es por eso que se dice que es un sujeto de “derecho privilegiado”.

El ser humano es sujeto de derecho desde la concepción hasta su muerte, es decir, es sujeto de derecho, en este lapso, de dos formas: como concebido, entre la concepción y el nacimiento; y como persona desde el nacimiento hasta la muerte [...]. (pp. 8 y 9).

Fernández Sessarego (como se citó en Rovegno, 2015), y piensa que “[...] El concebido es un ser humano que, aunque incapaz de entender y de querer- y hasta un cierto momento de sentir- es un fin en sí mismo y no puede ser reducido a la calidad de medio o instrumento para lograr otros fines [...]”. (p.111)

El Tribunal Constitucional (en adelante TC) peruano en la sentencia N° 2005-2009-PA/TC, sienta su postura respecto del concebido en:

[...] todo lo expresado hasta aquí, y surgiendo la disyuntiva de tener que optar por uno de los principios de interpretación constitucional desarrollados supra respecto a la constitución del concebido; este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irreplicable, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido. (Fund.38).

Por consiguiente, queda clara que para el Tribunal Constitucional el concebido es sujeto de Derecho, desde su concepción (siguiendo la teoría de la fecundación) y culmina antes del nacimiento.

1.4.3. Recién nacido

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) “un recién nacido es un niño que tiene menos de 28 días. Estos 28 primeros días de vida son los que comportan un mayor riesgo de muerte para el niño. Por este motivo, es esencial

ofrecer una alimentación y una atención adecuadas durante este periodo con el fin de aumentar las probabilidades de supervivencia del niño y construir los cimientos de una vida con buena salud.” (OMS,2021, párrafos 1-4)

i. Clasificación del recién nacido.

La clasificación del recién nacido se da teniendo en cuenta los diferentes factores que determinan su supervivencia como son, la madurez que se expresa en la edad gestacional y el peso al nacer, teniendo en cuenta estos factores, Cifuentes y Ventura-Juncá (2002) clasifican de la siguiente manera:

- Es la RNT (Recién nacido de término): Aquellos nacidos con ³ 38 sem de gestación y < de 42 sem de gestación.
- RNPR (Recién nacido pretérmino): Aquellos nacidos con < de 38 semanas de gestación. En esto seguimos el criterio de la Academia Americana de pediatría, ya que la OMS considera pretérmino a los recién nacidos con < de 37 semanas.
- RNPT (Recién nacido posttérmino): Aquellos nacidos con ³ 42 semanas de gestación.
Luego, según si su peso es adecuado o no para su edad gestacional se clasifican en:
 - AEG: Adecuados para la edad gestacional: cuando el peso de nacimiento se encuentra entre los percentiles 10 y 90 de las curvas de crecimiento intrauterino (CCI)
 - PEG: Pequeños para la edad gestacional: cuando el peso está bajo el percentil 10 de la CCI.
 - GEG: Grandes para la edad gestacional: cuando el peso se encuentra sobre el percentil 90 de la CCI.Referente al parámetro peso se utilizan también los conceptos de recién nacido de muy bajo peso (< 1.500 g.) y de extremo bajo peso (< 1.000 g.). Estos dos grupos son responsables de alrededor de un 60 a 70% de la mortalidad neonatal y representan el grupo de recién nacidos de más alto riesgo. [...]. (p.2y3)

Como podemos notar estos factores son muy importantes para identificar posibles riesgos y prevenir futuras complicaciones, de esta manera asegurar la vida y salud del recién nacido.

1.4.4. Interés superior del niño

Este principio fundamental lo tenemos consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por el Perú el año 1989 y entró en vigor en 1990, en cuyo artículo 3º, refiere lo siguiente:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

También llamado interés superior del menor, en nuestra legislación peruana encontramos este principio en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), que a la letra regula:

Artículo IX. Interés superior del niño y del adolescente.

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

En la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. 02079-2009-PHC/TC, el cual nos dice:

[...] El deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa [...]. (Fund.13)

La casación N° 563-2011 Lima, en su fundamento sexto nos indica:

[...] Que, debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado (artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños) el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta [...]. (Fund.6)

Entonces debemos afirmar que el principio del Interés superior del niño, viene a ser aquellas acciones y procesos los cuales garantizan un desarrollo integral y una vida digna, y así como las condiciones materiales y efectivas que permitan vivir plenamente y poder alcanzar el bienestar. Así, se entiende que “tiene por objeto principal el limitar y orientar las decisiones según los derechos de los niños, por ello constituye un principio jurídico garantista” (Pérez, 2002, P.84)

1.4.5. Derecho a la identidad

El derecho a la identidad es muy amplio, parte desde el punto de vista biológico y genético (hombre y mujer), luego tenemos otros factores de identidad tales como la nacionalidad, etnia, etc.; la identidad está ligada directamente con la familia es decir a la filiación en derecho lo llamamos “*status filii*”.

El criterio adoptado por la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, que fue ratificada por el Perú el 4 de setiembre de 1990, refiere:

Artículo 7o.

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8o.

1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos originado en la ONU, aprobado por Decreto Ley N° 22128, aprobado en Perú el de 16 de diciembre de 1966, que no distingue al derecho a la identidad con tal, pero que sin embargo hace referencia al respecto e indica:

Artículo 24.

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Como podemos notar, queda manifiesta el criterio concerniente al derecho a la identidad, sin embargo, no lo definen como tal, y lo vinculan con otros derechos. Esto tendría una explicación dado el avance del tiempo y la evolución de la ciencia y por otra parte la universalidad de la norma, porque deben ser adoptados por diferentes culturas y legislaciones (González,20011). Así pues, podemos danos

cuenta de la importancia de la identidad para el ser humano, más aún en los niños y niñas.

La Real Academia Española (como se citó en Gonzáles, 2011) define a la identidad como "conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás". Ahora bien, esto queda estipulado en las leyes y la identidad definitivamente se relaciona con la información de los padres, y en consecuencia a los derechos de filiación.

1.4.6. Derecho a la reproducción humana

Este derecho a la reproducción Humana está ligada al derecho de libertad, al derecho a la intimidad y el derecho a la salud sexual y reproductiva, todos estos derechos deben estar garantizados.

La libertad es una facultad y un derecho inherente que nos da la naturaleza al ser humano; en virtud de la libertad podemos obrar de diferentes maneras, o simplemente omitir o dejar de obrar, haciéndose responsable de los mismos.

La Libertad observada como un derecho lo tenemos consagrada en nuestro ordenamiento jurídico peruano en la constitución Política que en su Art. 2, el cual se encuentra íntimamente vinculado el derecho a la vida y el desarrollo en sociedad, para conducirse con libertad. Esta libertad también alcanza a la disposición del propio cuerpo, y dentro de esta disposición tenemos a la práctica de las TERHAS.

Respecto de los actos de disposición del propio cuerpo el Art. 6 del CC señala:

Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

La necesidad de las personas o las parejas que recurren a estas TERHAS, lo hacen en virtud de su libertad, ya que la constitución peruana en su Art. 2 Inc.24 literal a proscribire. “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Por lo tanto, el hombre tiene amplia libertad sobre sí mismo, esto incluye la utilización de las TERHAS.

Por otro lado, tenemos el derecho a la intimidad el cual es un derecho que tienen todas las personas, se encuentra consagrado en la constitución peruana en el Art.2 Inc. 7. Sobre la intimidad Canessa (2008) refiere: “La palabra intimidad etimológicamente proviene del adverbio latín *intus* que traducido significa por adentro, o hacia adentro. De tal manera que *intimus* debe traducirse como algo recóndito, profundo del ser”.

Respecto de la concepción a la intimidad como derecho autónomo tiene su origen, en 1980, cuando los abogados Samuel Warren y Lovis Brandeis escribieron el ensayo “The right to privacy”, en la que fundamentan la existencia de un espacio de libertad del ser humano, sin intromisiones.

Morales (2003) nos dice sobre la intimidad:

El ser humano toma conciencia de la vida privada (o íntima como la denomina nuestro sistema jurídico) cuando se percata de su individualidad, cuando percibe que ha sido lanzado al mundo para que se construya a sí mismo, cuando su libertad está condicionada más que por el pasado, por el futuro que debe diseñar” (p.158)

Teniendo ya un alcance como individuo, tenemos que este derecho esta también está íntimamente vinculado con la familia el desarrollo familiar, argumento que encontramos en algunas sentencias, en las que se falla a favor de los padres que ocultaron su origen (que fueron concebidos dentro de un contrato de subrogación uterina) bajo el argumento que las parejas tienen derecho a cumplir con el deseo de

ser padres (tener hijos), esta decisión es parte del desarrollo personal y familiar; esta decisión es parte de su vida privada y familiar.

En este sentido tenemos que en el primer párrafo del Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no se menciona explícitamente este derecho, sin embargo, se menciona el derecho de contraer matrimonio y fundar una familia. Los cuales se entienden implícitamente a los actos procreativos, los cuales forman parte de un derecho derivado de este.

Al respecto en la Carta Social Europea, en el artículo 16, sólo se contiene la referencia directa a un derecho cuyo sujeto es la familia y que consiste en una triple protección: social, jurídica y económica. La finalidad de este derecho es el pleno desarrollo de la institución familiar. (Miembros del consejo de Europa, 1996). Como podemos notar, existe una protección especial a la familia y a la reproducción que es el origen del grupo familiar, por lo tanto, indirectamente se estaría protegiendo todos los actos que conducen a la procreación.

Estos derechos han sido contenidos en la Carta De Los Derechos Fundamentales De La Unión Europea, incorporada en el tratado de Lisboa Art. 7 que indica: “Toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

Canessa (2008), nos dice al respecto:

A Decir de Clara Mosquera Vásquez: “La intimidad no solo se refiere a la esfera de la reserva del individuo, sino que abarca mucho más, llegando a su esfera genética. Me explicó, así como nadie puede hurgar en la esfera privada de ninguna persona sin previo consentimiento, nadie puede sin previo consentimiento descifrar el código genético de determinada persona. O si ya lo hizo, claro está, previo consentimiento expreso, no debe divulgar los resultados sin autorización, debiendo ser mantenidos estos en secreto”. (p. 143)

Este derecho a la intimidad se encuentra vigente en la aplicación de las TERAS, abarcando obviamente al derecho genético (derecho a la intimidad

genética). Aquí podemos notar que en el contrato de subrogación uterina existen tres puntos importantes respecto de la intimidad:

i. Intimidad Familiar en la aplicación de una TERA. El a la familia se encuentra consagrado en nuestra constitución peruana en el Art. 4 cuarto párrafo que dice: “...protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad...”; desde luego este derecho debe ejercerse dentro del orden público de nuestro país.

El derecho a la intimidad personal y familiar lo encontramos en el Art. 14 del CC que prescribe: “La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”.

Por lo tanto, para el desarrollo de la familia es fundamental, la intimidad para su desarrollo en nuestra sociedad. En este contexto el contrato de subrogación uterina que se deriva de la aplicación de las TERHAS, se encuentra bajo la esfera de la intimidad familiar.

ii. Intimidad de donante de gametos para ser aplicado en una TERHA. Otro punto importante es la intimidad del donador que se ve reflejado en el anonimato del mismo. Varsi Rospigliosi manifiesta que, en la práctica usual en las TERAS, las historias clínicas los donantes de gametos (Ovulo-Espermatozoides) sometidos al proceso de selección de los cedentes y la información que se encuentra en los registros nacionales de los donantes, los cuales son recogidos, tratados y custodiados con estricta confidencialidad, con el fin de conseguir una inmunidad parenteral (Varsi, 2010, p. 240).

En este sentido notamos que, bajo el anonimato, los donantes no tienen ninguna responsabilidad legal, respecto del niño que nacería (portando su genética); por ende, dejando solamente la responsabilidad legal a la a la pareja o mujer que se somete a una TERA.

Respecto del derecho a la salud, tenemos que La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDCM; en inglés: Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, CEDAW) el cual establece varias obligaciones vinculadas a la salud y específicamente a los derechos reproductivos, el más significativo es el artículo 12. Que establece:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.” (LLaja, Aranda y Escribens, 2010, p.7)

En nuestra Constitución Política del Perú, no se encuentra estipulada específicamente, sin embargo, tenemos derechos que se encuentran relacionados, en el Art. 6 prescribe: “la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los

programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud [...].”

Así mismo, tenemos la Ley General de Salud, Ley N° 26842 que, en su Título I referidos a los Derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual, en su Art. 1 dice: “Toda persona tiene el derecho al libre acceso a prestaciones de salud y a elegir el sistema previsional de su preferencia”, y en su Art. 7 que prescribe: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida [...]”. Es justamente este último Artículo referido el que genera la posibilidad de poder aplicar las TERHAS, y en consecuencia abre la posibilidad a la subrogación uterina.

1.5. Formulación del problema

1.5.1. Problemas General:

¿De qué manera la aplicación del principio de verdad biológica permite una adecuada filiación de los recién nacidos producto de una subrogación uterina en el Perú?

1.5.2. Problemas específicos:

- ¿Cómo debería aplicarse el principio de verdad biológica en la filiación del recién nacido producto de una subrogación uterina en el Perú?
- ¿Cómo beneficiaría la aplicación del principio de verdad biológica en la filiación del recién nacido producto de una subrogación uterina en el Perú?

1.6. Objetivos

1.6.1. Objetivo general

Determinar de qué manera la aplicación del principio de la verdad biológica-genética permite una adecuada filiación de los recién nacidos producto de una subrogación uterina en el Perú.

1.6.2. Objetivos específicos

- Analizar cómo debería aplicarse el principio de verdad biológica-genética en la filiación del recién nacido producto de una subrogación uterina en el Perú.
- Explicar de qué manera beneficiaría la aplicación del principio de verdad biológica-genética en la filiación del recién nacido producto de una subrogación uterina en el Perú.

1.7. Hipótesis

1.7.1. Hipótesis general

- Sí se debe aplicar el principio de verdad biológica-genética en la filiación de los recién nacidos producto de una subrogación uterina en el Perú, porque la esencia de la filiación es el vínculo biológico (genético), mediante el cual nos identificamos con nuestra familia (ascendientes y descendientes), connacionales, etc., y se configura la identidad en todos sus extremos. Así mismo es el hecho de que la finalidad de las TERHAS es precisamente tener un hijo que porte la genética del o los padres.

1.7.2. Hipótesis específicas

- Para aplicar el principio de verdad biológica-genética del recién nacido producto de un contrato de subrogación uterina en el Perú, se debe abandonar el antiguo principio de *mater semper certa est*, establecido en nuestro código civil sustantivo y darle paso al principio de verdad biológica.
- La aplicación del principio de verdad biológica-genética del recién nacido producto de un contrato de subrogación uterina en el Perú, beneficiaría a todo el

sistema peruano respecto de la filiación porque ya no se plantearía una disyuntiva legal con relación a la filiación del recién nacido, generando un clima de protección a los involucrados en estos contratos.

1.8. Justificación

El presente trabajo tiene como finalidad elaborar un análisis respecto de la filiación en los recién nacidos producto de una subrogación uterina en el Perú; ya que, aquí nos encontramos con un vacío legal que regule este tipo de contratos (subrogación uterina) y en consecuencia la filiación de los recién nacidos producto de estos contratos. Consideramos que la ley debe regular las necesidades sociales, las mismas que evolucionan con el paso del tiempo, y que modifican la regulación actual.

Otro punto importante a tratar es que, al ser la maternidad subrogada una TERHA, es indispensable y fundamental la prevalencia del principio de verdad biológica-genética y la voluntad de los contratantes; en donde por lo menos uno de los padres contratantes sea también el padre o madre biológico- genético, esto en consideración al interés superior del niño o niña.

CAPÍTULO II. MÉTODO

2.1. Tipo de investigación

La presente investigación según su propósito es básica, porque buscamos enriquecer la teoría y la doctrina jurídica a través de un nuevo conocimiento de modo sistemático (Altuna,2018). Con el único objetivo de determinar de qué manera la aplicación del principio de la verdad biológica-genética permite una adecuada filiación de los recién nacidos producto de una subrogación uterina en el Perú.

Según su enfoque, la presente investigación es cualitativa, nos refiere Altuna (2018): “ se centra en el estudio y comprensión de los fenómenos, explorando desde un ambiente natural de los participantes para relacionarlos con los contextos donde se desarrollen” (p.10). En este sentido propone estudiar y comprender la información obtenida a través de las sentencias emitidas por los juzgados que componen el Poder Judicial peruano, referidas a la filiación del recién nacido producto de una subrogación uterina en el Perú.

El tipo de investigación según su nivel es descriptivo, porque según nos refiere Altuna (2018): “ con esta investigación, se efectúa una descripción detallada de una realidad en toda su dimensión, incluyendo los componentes y variables que se encuentren, señala las características y propiedades de un objeto de estudio” (p.8). Se orienta al conocimiento de la realidad jurídica nacional respecto de la filiación en los recién nacidos producto de una subrogación uterina en el Perú.

El diseño de la investigación es no experimental, porque no se manipulan las variables de estudio solo se observan y describen para luego analizarlos; y transversal porque se realiza en un tiempo concreto (Altuna,2018).

En el presente trabajo de investigación el método es sociológico, en atención a que se busca regular en nuestra legislación civil la filiación del recién nacido producto de una subrogación uterina, ya que en la actualidad no existe una legislación específica para la materia, solo pronunciamientos en la jurisprudencia y la doctrina.

2.2. Población y muestra

2.2.1. Unidad de estudio

Se encuentra conformada por las sentencias analizadas por los juzgados que componen el Poder Judicial peruano, colombiano y argentino, referidas a la filiación del recién nacido producto de una subrogación uterina.

2.2.2. Población y muestra

La población para la presente investigación está conformada por los siguientes grupos:

- Sentencias analizadas (5) emitidas por los juzgados que componen el Poder Judicial peruano, (2) colombianas y (1) Argentina referidas a la filiación del recién nacido producto de una subrogación uterina, correspondientes al periodo 2008 hasta la fecha.

Tabla 2

Cuadro de sentencias analizadas

Sentencia	Fecha	Materia	País
CAS N° 5003-2007-Lima	06-05-2008	Impugnación de maternidad	Perú
Expediente: Nro.: 183515 - 2006 - 00113. Lima	06-01-2009	Impugnación de maternidad	Perú
Cas. N° 4323-2010. Lima	11-08-2011	Nulidad de acto jurídico	Perú
CAS. N° 563-2011. Lima	06-12-2011	Demanda de adopción por excepción de la niña V. P. C.	Perú
Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Lima	20-12-2017	Proceso de amparo- Rectificación de partidas de nacimiento.	Perú

STC 20614-2017. Bogotá	06-12-2017	Acción de Tutela	Colombia
Expediente: T-2220700. Bogotá	18-12-2009	Acción de Tutela	Colombia
Expediente: EXPTE. N° 796/15	15-12-2015	Por inscripción nacimiento	Argentina

Fuente: Sentencias judiciales analizadas
Elaborado por: autoría propia

2.3. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

Las técnicas que se aplicaron para la recolección de información están conformadas por:

- El análisis de documentos
- El análisis de la legislación nacional
- El análisis de jurisprudencia

Los instrumentos utilizados para el desarrollo de las técnicas antes mencionadas son:

- **Bitácora de documentos;** en donde se ha consignado de manera ordenada los estudios de investigación estudiados y analizados.
- **Cuadros de resumen y análisis de jurisprudencia;** Este instrumento nos ha permitido observar, analizar y reflexionar, respecto de las posturas dominantes o discrepantes que hacen los jueces de los diferentes países y que sirven para marcar una línea de decisión e interpretación, y de esta manera poder obtener resultados relevantes para la investigación.

2.4. Procedimiento

Se realizó un exhaustivo procesamiento y análisis de los datos obtenidos de la legislación nacional, investigaciones previas y las sentencias analizadas (peruanas, colombianas y argentinas), a través de los instrumentos utilizados (bitácora y cuadro de resumen y análisis). En este sentido se tuvo como objetivo determinar de qué

manera la aplicación del principio de la verdad biológica-genética permite una adecuada filiación de los recién nacidos producto de una subrogación uterina en el Perú y su tratamiento desde la perspectiva judicial que sienta un precedente de resolución respecto del conflicto legal que se plantea.

Luego identificando las variables, dependiente e independiente, se procedió a analizar y sintetizar cada uno de estos elementos más importantes respecto del estudio (objetivos y variables). En donde se ha procedido a analizar y sintetizar cada uno de los elementos a través de la técnica de triangulación (Altuna, 2018).

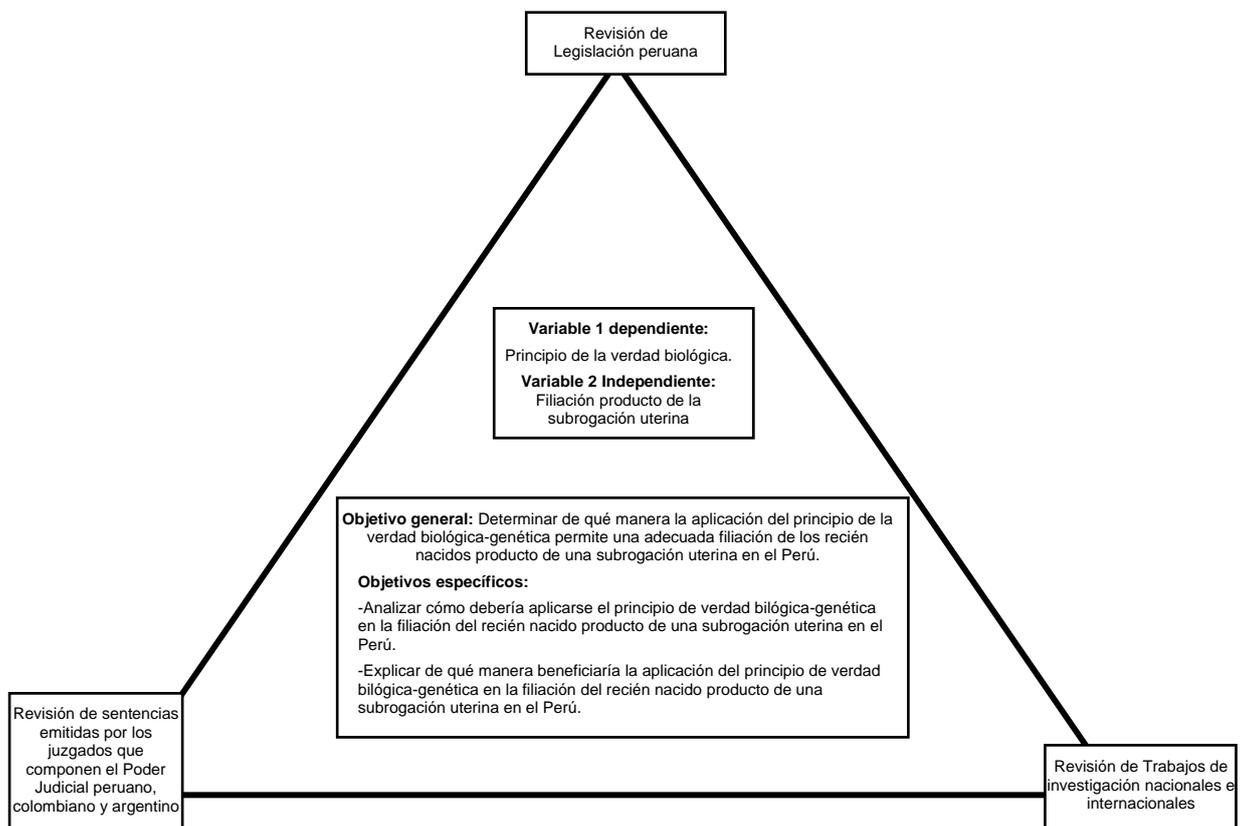


Figura 1. La figura ilustra la técnica de triangulación empleada en el presente trabajo.

Autoría propia

Para que posteriormente de manera sistemática, partir de la observación, se procedió a la descripción de los resultados obtenidos.

2.5. Aspectos éticos

En la utilización de los contratos de maternidad subrogada existen muchos debates, respecto del aspecto ético, tanto desde el punto de vista de la donación de gametos (ovulo y espermatozoide), como la donación de embriones y el contrato de subrogación uterina en sí. La maternidad subrogada presenta muchas aristas y necesidades para regular, es precisamente una de estas la filiación del recién nacido producto de esta TERHA.

Aspectos éticos respecto del principio de la verdad biológica-genética

En este sentido hemos revisado que tanto desde el punto de vista doctrinario y las diferentes legislaciones acogen este principio, en virtud del avance científico que ha hecho posible poder establecer el vínculo biológico-genético para establecer parentalidad (madre y padre).

En este aspecto no existe mayor discusión, como lo hemos revisado líneas anteriores; ya que con el paso de los años las pruebas científicas biológicas han evolucionado desde la prueba hematológica (en donde generalmente está dada por la coincidencia en el grupo sanguíneo) que no era del todo concluyente, hasta llegar a la prueba del ADN que tienen una certeza científica muy alta.

Respecto de la filiación del niño(a) producto de la subrogación uterina.

Aquí si hay algunas controversias respecto de la filiación, ya que está ligada directamente a la subrogación uterina, y el tratamiento ético legal de esta. El derecho a la filiación se encuentra sustentado en el Art. 2 Ins.1 de la Constitución Política del Perú que prescribe: “Art. 2.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. En concordancia con este artículo

tenemos el Art. 19 del CC: “Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos”.

Entonces, independientemente de cómo fue concebido el recién nacido vivo, es sujeto de derecho y por lo tanto a disfrutar de los mismos; en consecuencia, le asiste el derecho a la filiación como cualquier otro ciudadano sin distinción (bajo principio de igualdad ante la ley).

En el derecho comparado tenemos: en aquellos países donde no está permitida la subrogación uterina, por ejemplo: Alemania, etc. solamente se puede afiliar al niño a través de la adopción, ya que el proceso de filiación se hace según regulación civil general. En otros donde la maternidad subrogada no es aceptada, pero que sin embargo han regulado respecto de la filiación, por ejemplo: España, etc. Siendo que en los países que es aceptado, pero no cuenta con regulación expresa como Brasil, etc.; se tiene que hacer a través de un proceso judicial que declare la filiación; En los países que es aceptado y cuentan con regulación por ley Ejemplo: en el Reino Unido, EEUU, etc., el cual se hace a través de un proceso especial llamado transferencia de paternidad, en donde los padres subrogantes deben realizarlo con anticipación.

Argentina, notamos que en el 2017 salió la DISPOSICIÓN N.º 93/DGRC/17; la cual autoriza a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por Técnicas de Reproducción Humana Asistida de alta complejidad, denominada gestación solidaria (gestación subrogada), misma que consigna 4 condiciones: que se trate de menores cuyo procedimiento de fertilización y nacimiento sea en el territorio argentino; que la voluntad preconcepcional de los progenitores sea previamente expresada de manera informada y libre; que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos, además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo.

Colombia y Perú, al no tener legislación específica, la determinación de la paternidad y filiación es a través de un proceso judicial que declare expresamente la paternidad y por ende la filiación del menor.

Es importante indicar que la información obtenida y plasmada de otras fuentes tales como libros, artículos, trabajos de investigación, entre otros documentos, se han realizado respetando los derechos de autor (con el Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Intelectual y con el Decreto Legislativo N° 822, Ley Sobre Derechos de Autor), realizando las citas correspondientes.

CAPÍTULO III. RESULTADOS

3.1. Instrumento:

Se utilizó como instrumento la ficha de análisis jurisprudencial bajo anexos 1 al 8.

3.2. Resultados de los casos materia de las sentencias judiciales

A) Respecto de la aplicación de las TERHAS

En las sentencias observadas y analizadas, se ha encontrado con que en 3 de ellas se presentó la TERHA homóloga y en las otras 5 se presentó la TERHA heteróloga.

En uno de los casos no utilizó subrogación uterina (anexo 3), sin embargo, no era la donante del óvulo, pero su esposo era el donante de gametos masculinos (espermatozoides) siendo esta una TERHA heteróloga.

Solo en uno de los casos la mujer fue madre gestante, ya que no era la donante del ovulo y el donante de esperma tampoco era su pareja, configurándose en una TERHA heteróloga (en donde los gametos no perteneces a la pareja, ni a la mujer).



Figura 2. La figura ilustra la prevalencia según tipo de TERHAS utilizadas en la subrogación uterina, de la muestra observada y analizada.

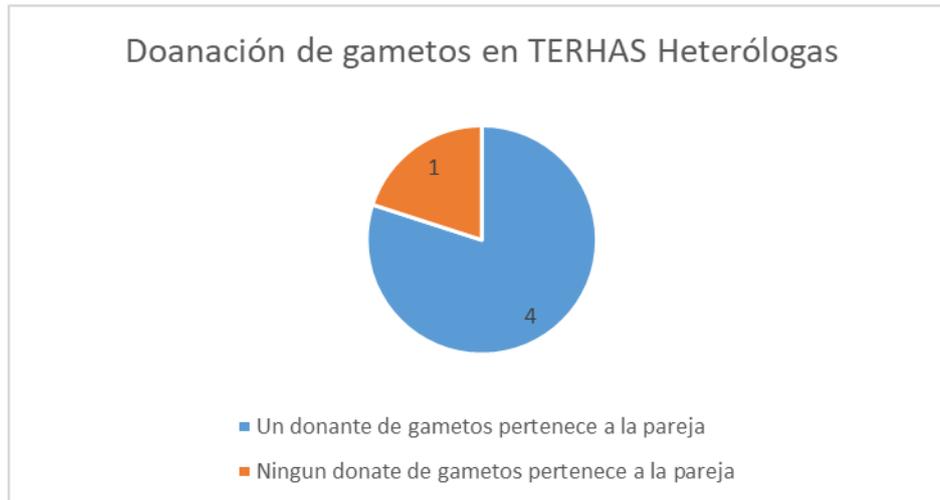


Figura 3. La figura grafica la prevalencia según tipo de TERHAS heterólogas empleada en la subrogación uterina, de la muestra observada y analizada.

B) Respecto del contrato de subrogación uterina

En el análisis de la muestra se encontró que en 5 de los casos se acudió al contrato de subrogación uterina, 3 de ellos no fue una subrogación uterina como tal, en uno solo se le dono el ovulo (caso anexo 3), en otro a la mujer le donaron los gametos y ella gesto para sí misma (caso anexo 1) y en el otro no se le considero subrogación uterina, ya que se consideró que se desnaturalizo el mismo (Caso anexo 7).

Aunque no haya regulación específica, la jurisprudencia analizada indica que este contrato es licito; esto según el marco establecido por los pactos y convenios internacionales firmados y ratificados por el Perú, los cuales en materia de derechos humanos tienen jerarquía constitucional. Lo mismo ocurre en el caso de Colombia y argentina.

En este sentido, el Art. 7 de la Ley General de Salud Peruana nos indica que: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de

técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”. En este orden de ideas, la jurisprudencia analiza este artículo no en un sentido literal, sino en sentido amplio bajo el principio de legalidad, y ajustándose a la realidad socio cultural del país, y llegan a concluir que en el Perú es válido el contrato de subrogación uterina, en tanto no se lucre con este, es decir por razones altruistas; pero no especifica las condiciones de su validez.

En el derecho comparado tenemos que la jurisprudencia en Colombia y Argentina manejan la misma razón de decisión respecto de este contrato, sin embargo exige algunas condiciones para su validez, las cuales son: que este sea formal (escrito), que se realice bajo los protocolos establecidos por ley y además que los donantes sean la pareja de subrogantes, en su defecto que uno de los donantes sea el integrante de la pareja (hombre o mujer), pero la gestante nunca debe ser la donante, porque esto genera un vínculo con la gestante, perdiéndose de esta manera la naturaleza de subrogación.

Para la aplicación del mismo es indispensable que se tome en cuenta la condición médica que conduce a la esterilidad de la pareja, para de esta manera se haga un adecuado estudio de fertilización y de esta manera se pueda emplear la TERHA más adecuada al caso.

Así mismo encontramos que se debe entender al contrato de subrogación uterina como un tipo de TERHA, ya que la finalidad de este es lograr el desarrollo personal y familiar de la pareja, así como a gozar de los beneficios del proceso científico y tecnológico.

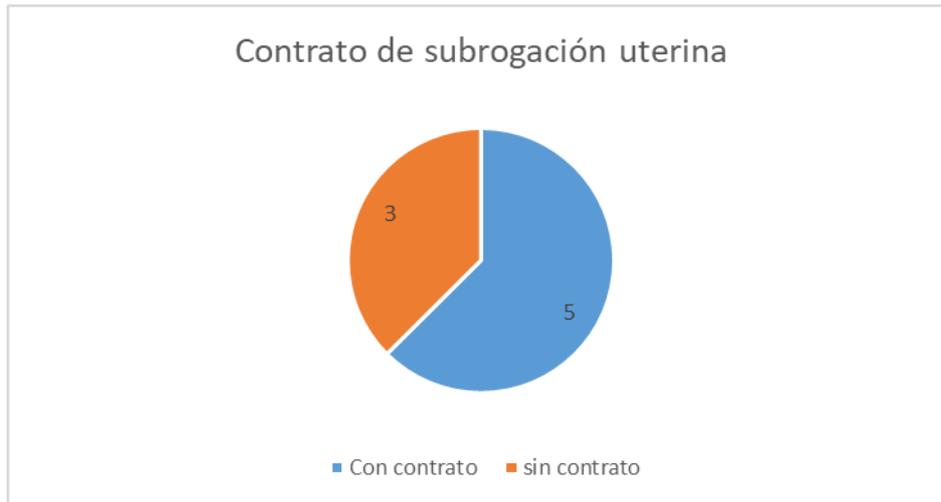


Figura 4. La figura ilustra la existencia de contrato formal en la subrogación uterina, de la muestra observada y analizada.

C) Respetto de la filiación y el principio de verdad biológica

La partida de nacimiento es el primer documento formal y legal que da inicio a la filiación, la cual se obtiene presentando según sea el lugar (municipalidad o RENIEC) el certificado de recién nacido vivo en físico o, virtual que es llenado directamente por el profesional que atendió el parto (hasta las 2 horas de la atención) cuando el establecimiento de salud cuenta con el sistema interconectado con RENIEC, siendo que salen del establecimiento de salud con la partida de nacimiento y dejando en trámite la obtención del DNI del niño recién nacido. Con la partida de nacimiento quedan establecido el vínculo legal de los padres con los hijos.

Respetto de la filiación paterna el Código Civil Peruano, si establece el reconocimiento de las pruebas genéticas como medio para probar la paternidad, esto en virtud del principio de verdad biológica; sin embargo, no establece este principio para la filiación materna, ya que esta se encuentra bajo el principio romano “*mater Semper certa est*” ya que solo ofrece la alternativa de impugnación de maternidad por parto supuesto o suplantación del hijo, lo mismo ocurre en el derecho colombiano y argentino. No

obstante, a ello, en el artículo 213 admite en la prueba biológica genética para la declaración de la maternidad extramatrimonial.

Podemos notar que en la mayoría de las sentencias analizadas todos los donantes paternos han sido integrante de la pareja (3homologas y 5 heterólogas), y solo en una encontramos que la mujer no era donante del ovulo y no tenía una pareja u esposo, por lo que utilizó donantes de gametos (heteróloga); por lo tanto, solo han dejado pendiente la determinación de la maternidad. Obviamente en las homologas prevaleció fehacientemente el principio de verdad biológica-genética.

Sin embargo en las heterólogas no prevaleció el principio de verdad biológica en su totalidad, sino que se indicó el planteamiento de tres teorías para determinación de la maternidad: La teoría de la preferencia de la gestante (determinada por el hecho del parto), teoría de la contribución genética (determinada por la mujer que aportó el gameto) y la teoría de la intención (determinada por la voluntad procreaciones que originó al nuevo ser humano); en este sentido en todas las sentencias se llega a determinar que ha prevalecido la teoría de la intención, menos en una que la madre no era biológica-genética (su TERHA fue aplicada en virtud de su autonomía personal y no dentro de un entorno familiar), de este modo desnaturalizándose.

Por otro lado notamos que en todos los casos estudiados, se tratan de parejas casadas, es decir, que los subrogantes y paciente al que se le dono el ovulo, se encuentran bajo la institución del matrimonio y en atención a este le correspondería al niño producto de esta subrogación los derechos de filiación que corresponde a la filiación matrimonial; sin embargo solo en 2 de los casos, al desnaturalizarse el contrato de subrogación uterina (desconocerlo) la filiación se da por los padres biológicos, es decir bajo la filiación extramatrimonial.

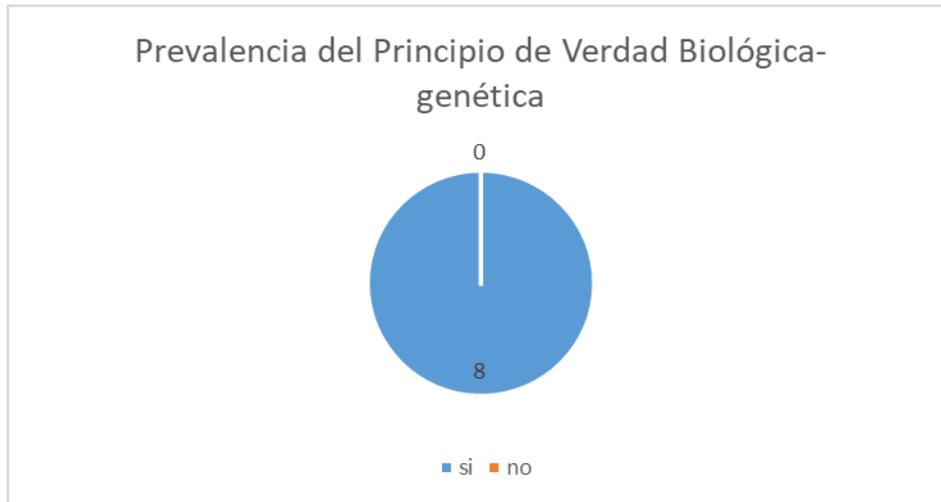


Figura 5. La figura muestra la prevalencia del Principio de Verdad Biológica-genética en la filiación de los recién nacidos por subrogación uterina, de la muestra observada y analizada.

D) Respecto del interés superior del menor

En todas las sentencias analizadas se encuentra que han considerado al Interés Superior del Niño y Adolescente, como el elemento fundamental para que se determine la filiación y por ende el vínculo legal.



Figura 6. La figura grafica la prevalencia del Principio del Interés Superior del Menor en los recién nacidos por subrogación uterina, de la muestra observada y analizada.

E) Respetto de la regulación expresa de la utilización de TERHA con subrogación uterina

Podemos observar que en todas las sentencias los juzgadores denotan la existencia de un vacío legal en este aspecto, resolviendo según interpretación y adecuación de las normas ya existentes (nacionales e internacionales).

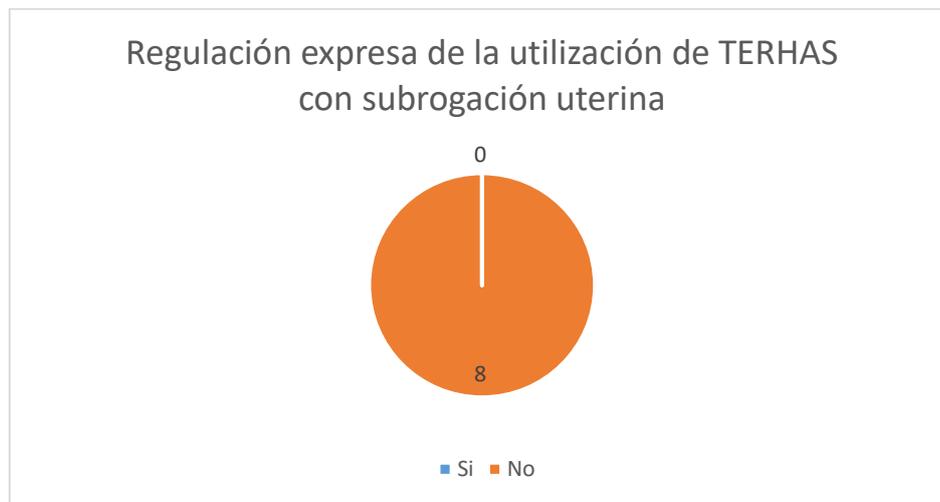


Figura 7. La figura ilustra respecto de la regulación expresa de la utilización de TERHAS con subrogación uterina, de la muestra observada y analizada.

CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

4.1. Discusión

Con respecto a la triangulación con algunas investigaciones se puede indicar que concordaos con ellas, fundamentalmente con: Segura (2014), en la tesis, *El Principio de Veracidad Biológica en la Afiliación por Naturaleza*, indica que, en el ordenamiento jurídico español, existen dos grandes tipos de filiación, la biológica y la adoptiva. La primera de ellas, también conocida como filiación por naturaleza, sostiene sus pilares sobre la base del principio de veracidad biológica, el cual establece que serán considerados padres biológicos aquellos de cuya unión haya nacido el hijo, y De Lorenzi (2015) en la investigación *El derecho a conocer los orígenes biológicos*.

La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida, de la Universidad de Barcelona, expresa que la identidad personal comienza a forjarse en el pasado del ser humano, en sus mismos orígenes biológicos. Desde este axioma, la verdad biológica ha devenido un principio clave del Derecho de Familia occidental. Tradicional paradigma de la filiación por naturaleza, su trascendencia se extiende en la actualidad a los supuestos de filiación adoptiva y por reproducción humana asistida, en gran medida, impulsada por la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante C.D.N.).

Este instrumento ha sido esencial, ante todo, para reafirmar el carácter universal de los derechos fundamentales. Ambas están ayudando a reforzar la parte teórica de la propuesta que se va a plantear.

A) Respecto del contrato de subrogación uterina. En lo revisado en los estudios podemos observar que existe controversia respecto de la validez del contrato de subrogación uterina ya que algunos como Cáceres y De La Fuente-Hortañón (2017) plantean que este contrato no debería permitirse toda vez que uno de los elementos del contrato es que sea lícito, en este sentido ellos plantean que tanto la ley general de salud se consigna que en el caso de fertilización heteróloga solo se podrá realizar en aquellas mujeres que la condición de madre genética y madre gestante recaigan en la misma persona.

Meléndez Sotero y otros en cambio consideran que la corte señala al establecer los derechos a la vida privada de los Arts. 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones.

En este sentido, observamos en los resultados obtenidos en la presente investigación, que en todas las sentencias analizadas, dejan claro que el contrato de subrogación uterina es lícito, entendido este como una TERHA, su aplicación fuera de ella con y con fin comercial desnaturalizaría este tipo de contrato en consecuencia se volvería ilícito.

Con lo revisado consideramos que el derecho es una ciencia evolutiva, y como tal se debe renovar de acuerdo a las necesidades que se generan en la población, con respecto a el contrato de subrogación uterina, creemos que una persona puede beneficiarse de la ciencia para conseguir el anhelo de ser padres y de esta manera desarrollarse plenamente; sin embargo, no debe hacer abuso de este derecho. En esta línea, se debe considerar que es importante para evitar situaciones conflictivas, que la donante del óvulo no debiera ser la gestante subrogada y que definitivamente debe portar la genética de la persona o un integrante de la pareja.

B) Filiación del niño producto de la subrogación uterina. Con respecto a este punto, tenemos que la filiación parental vincula a los hijos con sus padres, en este sentido la utilización de una maternidad subrogada nos plantea una situación sui generis, en donde la filiación tradicional (consanguínea y adopción) se ve alterado, ya que en la aplicación de una maternidad subrogada prima lo deseado o necesitado (hijo).

Con respecto a la filiación, el CC peruano indica que esta puede ser matrimonial y extramatrimonial, excepcionalmente por adopción. La normativa indica el derecho a la identidad, a gozar de una familia, a contar con nombres y apellidos. Canessa (2008) refiere que el *estatus filii* o filiación materna del recién nacido de un contrato de maternidad o concebido dentro de la institución del matrimonio, según nuestra legislación sería bajo el principio “*partus sequitur ventrem*”, el cual acredita el hecho del parto; en nuestro código civil vigente la filiación materna se da por el principio “*mater semper certa est*”, en este sentido, solo se puede impugnar la maternidad en los casos de parto supuesto y de suplantación de hijo, pero no pro principio de verdad biológica.

Ticse (2018), nos dice que a la filiación producto de las TERHAS a las filiaciones tradicionales se le suma el establecimiento primordial de la voluntad; no el genético. Concibe a la filiación como el deseo y la intensión de los partícipes, que anhelaron ser padres unos y los colaboradores otros, lo cual debe primar y respetarse.

Para Vega (2017) considera que si bien la aplicación de las TERHAS, es un derecho del cual la población puede hacer uso, considera que el factor genético es muy importante, ya que crea una identidad veraz entre los seres humanos, por lo que esta autora considera que solo se debería aplicar la maternidad subrogada en parejas homólogas (aportantes del material genético los esposos).

En los resultados, encontramos como base al principio de verdad biológica-genética para la afiliación y por ende el estatus filis de la pareja subrogante, toda vez, que para establecer la paternidad y maternidad de la pareja no fue necesario que el niño portara el ADN de ambos padres, sino que se complementa con la teoría de la voluntad preconcepcional de los subrogantes; del mismo modo y en misma razón de decisión, se muestra al principio de interés superior del niño/a. Este último principio, es el que determinó y fundamentó en todos los casos estudiados la determinación de la filiación del niño/a.

El Interés superior del menor tal como lo demuestra la casación N^a 563-2011. En donde se pondero los derechos de los sujetos procesales, prevaleciendo el principio del interés superior del menor, el tribunal constitucional nos proporciona un alcance respecto de la interpretación principio del interés superior del niño, así como el presupuesto de interpretación constitucional; el cual lo encontramos en el expediente 02079-2009-PHC/TC, en su fundamento trece “(. . .) el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés.

Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto

sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos (...).”

Entendemos que el deseo y la voluntad son importantes, sin embargo no deben ser preponderantes, comparto la opinión de Vega en el sentido que la técnica de útero subrogado, solo debe aplicarse cuando sea necesario, como método reproductivo no sustitutorio, ya que su aplicación debe darse para superar la deficiencia biológica o psíquica que le impiden tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o resultaron ineficientes, en este sentido la procreación no puede estar supeditada a la sola voluntad de las personas.

Consideramos que, para hacer uso de la maternidad subrogada, en la cual lo que se persigue es tener un hijo que de alguna manera genere un vínculo genético con los dos padres, ya sea con ambos padres como donantes (homóloga) - matrimonio o unión de hecho; o que algunos del padre sea hombre o mujer dentro de la pareja sea el donante (heteróloga).

De esta condición dependerá el estatus filis del niño; es decir si el niño producto de una maternidad subrogada por un matrimonio o unión de hecho nace dentro de estas (homóloga y heteróloga) serán considerados los padres los que contrataron a la subrogante (madre gestante), pero es importante que el niño porte la carga genética de ambos padres subrogantes o en su defecto de uno de ellos, ya que si no porta la carga genética de los padres, queda claro que no se ajusta a la realidad biológica-genética y en consecuencia solo estaría la voluntad preconcepcional, la cual no es suficiente para aplicar una subrogación uterina, consideramos que en este caso la subrogación uterina no tiene sentido y lo ideal para esta pareja seria la adopción.

Como notamos, de alguna manera frente a la necesidad de regulación específica, ha surgido la manera de solucionar acudiendo a la fuente del análisis de la doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, consideramos que es necesaria una regulación específica toda vez que esta sería beneficiosa tanto para las partes como para el estado peruano; y sobre todo para la protección de los niños/as que son concebidos bajo estos contratos.

4.2 Conclusiones:

- Que el derecho de familia en el Perú, en tanto instituto natural, ha evolucionado inevitablemente, encontrando en la realidad nuevos contextos sociales y como consecuencia de ello es que han generado las llamadas “familias ensambladas” que tienen estructuras distintas a la tradicional que, pero también merecen protección y reconocimiento. Esta misma realidad se aprecia en el mundo, y por consiguiente en América latina.
- Podemos notar que en todas las sentencias analizadas se deja claro que todas las personas tenemos derecho a acceder a las TERHAS. En consecuencia, la subrogación uterina es entendida como un tipo de TERHA que cumple con la finalidad de esta, sin embargo, en este contexto es susceptible de desnaturalización cuando esta es utilizada inescrupulosamente.
- Consideramos que la clasificación de la subrogación uterina sería de la siguiente manera:

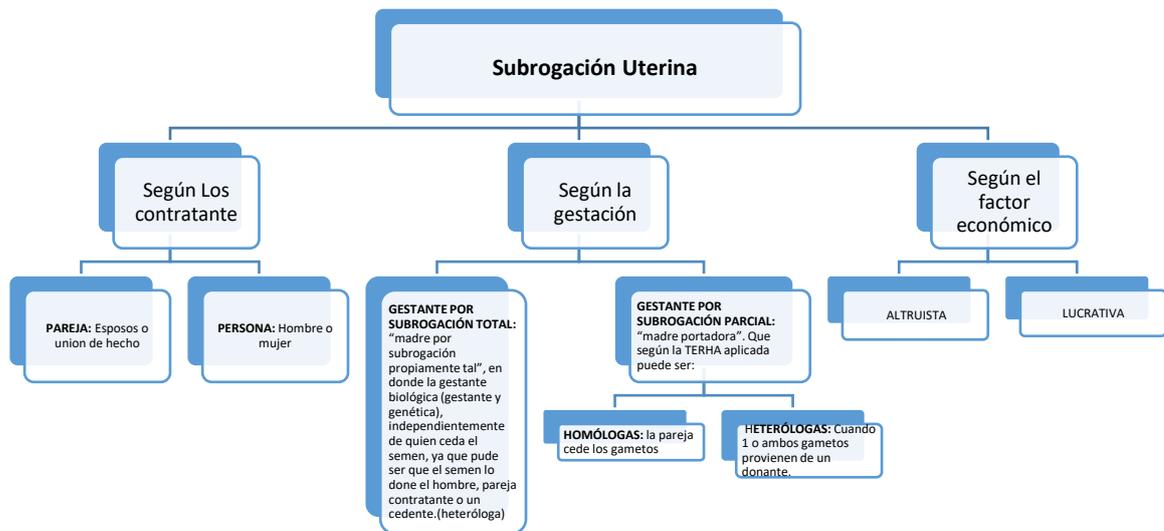


Figura 8. La figura ilustra la clasificación de la subrogación uterina.
Autoría propia

- Tenemos que, en virtud de la jurisprudencia, el contrato de la subrogación uterina es lícito, por lo tanto, se puede aplicar en el Perú, solo en los casos que se requiera y sea estrictamente necesario, teniendo en cuenta que debe ser a título gratuito por razones altruistas.
- Concluimos que tanto en la filiación materna como paterna ha primado el principio de verdad biológica (presentándose por lo menos uno de los integrantes de la pareja como padre biológico-genético), siendo este principio el factor determinante para la filiación, este principio se aplica tanto en TERHAS homólogas (donantes de los gametos son la pareja de esposos o convivientes) como en las heterólogas (en donde uno de los padres es donante de gametos); porque si no existiera el vínculo genético por lo menos de uno de los padres es innecesario la subrogación uterina (se desnaturaliza como una TERHA) y la filiación sería por adopción.
- No existe una regulación específica en el Perú sobre los contratos de subrogación uterina. Al no existir una norma de regulación sobre la aplicación de la subrogación

uterina, se debe dar paso a que la filiación del recién nacido se dé pro principio de verdad biológica – genética, en donde por lo menos uno de los donantes sea un integrante de la pareja.

- Debe tenerse en cuenta el principio de interés superior del niño, vinculado a la teoría de la voluntad preconcepcional y el derecho de identidad (principio de verdad biológica); toda vez que hacer uso de una TERHA, es con el fin de tener hijos genéticamente propios, y si no fuera el caso, la pareja podría optar por la adopción para no verse afectados en su desarrollo familiar.
- La regulación referente a la maternidad subrogada es necesaria, para evitar conflictos que se generan a raíz del vacío legal, así mismo, significaría un beneficio económico, social, procesal que beneficia a todas las partes que se sirvan de esta TERHA.

3.3. Recomendaciones:

- Recomendamos realizar una regulación específica respecto de la subrogación uterina, en donde se debe detallar las condiciones de su aplicación, establecer elementos fundamentales respecto de esta TERHA.
- Consideramos importante realizar un instrumento médico legal especial (certificado de recién nacido vivo- físico y virtual) para aquellos partos que son producto de una subrogación uterina, en donde se consigne los datos de la gestante y los datos de la madre legal.
- Tener un registro de mujeres subrogadas, para de esta manera tener un control respecto de las mismas, para evitar el comercio (poner en riesgo su vida) y/o trata de personas (delito).

REFERENCIAS

- Altuna Urquiaga, M. (2018) *Guía de Investigación Científica 2018*. Trujillo: Universidad Privada del Norte, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Areíza Valencia, L. (2019). *La viabilidad de la maternidad subrogada en Colombia desde la teoría del negocio jurídico* (Tesis presentada para optar al título de: Magíster en Derecho). Recuperado de: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/75516/1026254079.2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cadavid Pulgarin, K. y Barrera Correa, A. (2016). *Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema*. Recuperado de http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4455/2/Maternidad_subrogada.pdf
- Canessa Vilcahuaman, R. (2008). *Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana* (tesis de maestría). Recuperado de https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/192/Canessa_vr.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Cifuentes R., Javier y Ventura-Juncá, P. (2002) *Manual de Pediatría. Neonatología - recién nacido, concepto, riesgo y clasificación*. Recuperado de <https://es.slideshare.net/clauidalecaros2015/manual-pediatria-pucneonatologia>
- Comité de Bioética de España (16 de mayo de 2017). *Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Obtenido de *Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Recuperado de http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf
- Congreso de la República del Perú (2000) *Ley N° 27337 del 02 de agosto del 2000 que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes*. Lima: Congreso de la República del Perú.

- Cruz Ramos, A. (2014). *La Subrogación Uterina, Breve Estudio Comparado. 2018* (tesis de maestría). Recuperado de <https://repositorio.tec.mx/bitstream/handle/11285/628906/33068001113609.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- De La Fuente-Hontañón, R. (2017). *La subrogación gestacional: ¿vientre o personas en alquiler? Implicancias Jurídicas y Éticas*. Lima: Universidad de Piura. Recuperado de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3033/subrogacion_gestacional_vientre_persona_alquiler_implicancias_juridicas_eticas.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- De Lorenzi, M. (2015). *El Derecho a conocer los orígenes biológicos La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida* (tesis para obtener el Doctorado en Derecho y Ciencia Política). Recuperado de https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/368170/DE%20LORENZI_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Duarte Ther, R. (2004). *Evolución del concepto de maternidad y de las acciones para impugnarla* (Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Recuperado de <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjd812e/pdf/fjd812e-TH.2.pdf>
- El País (1988) *La niña 'Baby M' se quedará definitivamente con sus padres legales*. (04 de febrero de 1988). Recuperado de https://elpais.com/diario/1988/02/05/sociedad/571014008_850215.html
- González Contró, M. (2011). Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México. *Boletín mexicano de derecho comparado*. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332011000100004&script=sci_arttext
- Inciarte, F., Quaini, F., Martínez, P.; Urquiza, C., Piscicelli, F., Pasqualini, R. y Pasqualini, R. S. (2018). *Subrogación uterina. Una realidad en la Argentina*, Revista Reproducción. V. 33. 2. Recuperado de http://www.samer.org.ar/revista/numeros/2018/numero_2/27-35.pdf

- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2015). *Encuesta Demográfica y de Salud Familiar-ENDES*. Recuperado de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1211/pdf/Libro.pdf
- López Aranda, I. (2016). *Maternidad subrogada ¿Una práctica moralmente aceptable?* (para obtener Grado en Enfermería). Recuperado de <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/8933/Lopez%20Aranda%20L..pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Llaja Villena, J., Aranda, W. y Escribens, P. (2010) *Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos en el Perú Informe para el cumplimiento de la CEDAW*. Recuperado de https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/06/2dd_doc_diagnostico_ddssrr.pdf
- Llancari Illanes, S. (2008). *Principio de prevalencia de la verdad biológica y el régimen legal de filiación*. Revista Jurídica Docentia et Investigatio, v. 10, n.º I, pp. 93-106. Lima: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado de <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/10187/8929>
- Marcó, J. y Tarasco, M. (2001). *Diez temas de la reproducción asistida*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias.
- Martínez Martínez, V. (2015). *Maternidad subrogada. una mirada a su regulación en México*. Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica, v.24, N.º 2. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422015000200007
- Miembros del Consejo de Europa. (1996). *Carta Social Europea*. Recuperado de <https://rm.coe.int/168047e013>
- Morales Godo, J. (2003). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas (Tomo I)*. Lima: Gaceta Jurídica editores.
- ONU (1966) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos originado en la ONU*. Naciones Unidas - Derechos Humanos – Oficina del Alto Comisionado. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

- Congreso de la República del Perú (2014). *Informe de Investigación 95/2014-2015: “Problemas de política pública y estado situacional de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú”*. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/532EC6AE2E5421660525807C007213D7/\\$FILE/238_INFINVES95_2014_2015_problema_publica.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/532EC6AE2E5421660525807C007213D7/$FILE/238_INFINVES95_2014_2015_problema_publica.pdf)
- Organización Mundial de la Salud (2006). *Principios de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud* (22 de julio de 1946). Documentos básicos suplemento de la 45a edición. Recuperado de https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf
- Organización Mundial de la Salud (2021). *Temas de salud: Lactante, recién nacido*. Recuperado de https://www.who.int/topics/infant_newborn/es/#:~:text=Un%20reci%C3%A9n%20nacido%20es%20un,de%20muerte%20para%20el%20ni%C3%B1o.
- Paraíso, B., Dolz Arroyo, M.; Salgado, S. y Salvador, Z. (2019). *La reproducción asistida: tipos, precio y Seguridad Social*, Revista Médica Reproducción asistida ORG. Recuperado de: <https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/>
- Parra Martínez, C. (2016). *Implicaciones en materia penal de la «maternidad subrogada» en Colombia* (tesis de Especialización en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Militar). Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15278/PARRA%20MARTINEZ%20CAROLINA%202017.pdf?sequence=3>
- Payalich Cayra, R. (2019). *Maternidad subrogada y su reconocimiento en el Perú en beneficio del interés superior del niño. Análisis del criterio expuesto en la Casación N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05*. Recuperado de https://repositorio.ucsp.edu.pe/bitstream/UCSP/16066/1/PAYALICH_CAYRA_RUB_MAT.pdf
- Pérez Manrique, R. (2002) *El interés superior del niño*, en Revista Uruguaya de Derecho de Familia, n.º 16, Montevideo-Uruguay.
- Pérez Monge, M. (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Colegio de Registrados de la Propiedad y Mercantiles de España.

- Real Academia de la Lengua Española (2001). *Diccionario de la lengua española (Tomo I)*. Madrid: Espasa.
- Regalado Torres, M. (2016). *Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada*. En *Femeris*, v.2, n.º 2, pp. 10-34. Recuperado de <file:///C:/Users/USER/Downloads/3756-4441-1-PB.pdf>
- Roa-Meggo, Y. (2012). *La infertilidad como problema de salud pública en el Perú*. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*. versión. On-line ISSN 2304-5132.
- Rovegno Loayza, S. (2015) *Gestante y concebido: entre el derecho a la vida y el derecho a la muerte digna*. En: *Lumen Revista de la Facultad de Derecho*. n.º 11, pp. 105-116. Recuperado de http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/Lumen11/105_Rovegno%20Loayza.pdf
- Segura Romero, M. (2014) *El principio de veracidad biológica en la filiación por naturaleza* (repositorio). Recuperado de <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/542/TFG000493.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ticse Traverzo, M. (2018) *La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación peruana. 2018* (tesis para optar el grado académico de maestro en derecho con mención en derecho civil y comercial). Recuperado de: <http://repositorio.unapikitos.edu.pe/handle/UNAP/5571>
- Tribunal Constitucional del Perú (16 de octubre de 2009). *Sentencia recaída en el EXP. N° 02005-2009-PA/TC. ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” contra el Ministerio de Salud*. Lima: Tribunal Constitucional del Perú. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>
- UNICEF Comité Español (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de <https://www.um.es/documents/378246/2964900/Normas+APA+Sexta+Edici%C3%B3n.pdf/27f8511d-95b6-4096-8d3e-f8492f61c6dc>
- Urcia Quispe, M.; Urbina Sanjinez, C. y Carranza Sánchez, M. (2016) *El concebido en el sistema civil peruano hacia una conceptualización* (repositorio). Recuperado de

<http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/299/PI1650491.PDF?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Concebido%20%22es%20vida%20humana%20que,humana%2C%20es%20decir%2C%20que%20el>

- Urquiza, M.; Carretero, I.; Quaini, F.; Inciarte, F.; Pasqualini, A. S. y Pasqualini, R. (2014) *Subrogación uterina. Aspectos médicos y jurídicos del primer caso con sustento legal en la Argentina*, Revista de Medicina Buenos Aires, v.74 n.º.3. Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S0025-76802014000300015&script=sci_arttext&tlng=pt
- Valdivia Fierro, T. (2020) *La necesidad de regulación de la gestación subrogada en el Perú: Un enfoque jurídico, social y bioético para una propuesta normativa integral* (tesis de pregrado). Recuperado de https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/6444/valdivia_ftf.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Varsi Rospigliosi, E. (2010). *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. En razón de la Ley 28457 y la acción intimatoria Paternidad - Procreación Asistida y Socio afectividad*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Vega Chilcón, S. (2017) *Inaplicación del principio mater semper certa est en los casos de útero subrogado. 2018* (tesis de pregrado). Recuperado de: http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1138/1/TL_VegaChilconSabinaIsabel.pdf.pdf

ANEXOS

Anexo 1

Ficha de análisis de jurisprudencia

Expediente: CAS N° 5003-2007-LIMA

Juzgado: Sala Civil Permanente De La Corte Suprema De Justicia De La Republica

Materia: Impugnación de maternidad

Demandante: Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas

Demandada: María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila

Fecha: 06-05-2008

Presentación y formulación del caso

- ✓ Que María Alicia Alfaro Dávila, se sometió a una inseminación artificial, en donde utilizaron el óvulo de otra mujer (ovodonación) y los espermatozoides del padre del demandante (como donante) Custodio Olsen Quispe Condori, sin que este haya dado su consentimiento. Producto de este acto, nació la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, misma que fue inscrita como hija natural de la demandada.
- ✓ Impugna el reconocimiento de maternidad realizado por María Alicia Alfaro Dávila con relación a la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, alegando que la demandada no es la madre biológica de la menor, debido a que la demandada fue sometida, a una inseminación artificial.
- ✓ El recurso de casación, fue declarado procedente mediante auto de fecha catorce de noviembre del dos mil siete, por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, argumentándose la contravención de los artículos VI del Título Preliminar y 399 del Código Civil; así como del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues se encuentran legitimados para impugnar la maternidad extramatrimonial los hermanos, en razón al interés moral que poseen, basta por ello acreditar el interés legítimo, no siendo exigible acreditar daño o afectación conforme lo señala la Sala de Familia.
- ✓ El demandante Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe, es hermano de la menor por la línea paterna, que la demandada ha registrado como su hija, según lo demuestra el resultado de la prueba de ADN; de esta manera argumentan no existe concordancia con la realidad biológica, entre la niña y la demandada. Sin embargo si existe parentesco por consanguinidad con el demandante.

Argumento del fallo

- ✓ De la demanda de fojas cuarenta se aprecia que la recurrente Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada "ovodonación", la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud.
- ✓ En suma, el interés para obrar tiene contenido procesal al significar un presupuesto del derecho de acción y supone un estado de necesidad que se busca sea atendido por el Estado a través del órgano jurisdiccional.
- ✓ De acuerdo a ello, el menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN, según documento obrante a fojas diez, del que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo.

DECISION:

- a) Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el dictamen fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, y estando a lo establecido en el artículo 396 inciso 2° ordinal 2.3 del Código Procesal Civil: Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas; en consecuencia NULA la resolución de vista fojas ciento setenta y seis de fecha tres de agosto del dos mil siete; INSUBSISTENTE la apelada de fojas setenta y siete.
- b) ORDENARON que el Juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos precedentes.
- c) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad

Conclusión

- a). El interés para obrar, de acuerdo a la doctrina mayormente aceptada sobre el tema, es la utilidad que para el titular de un derecho subjetivo emana de la tutela jurisdiccional, y según Hugo Rocco se determina realizando un: "juicio de utilidad, parangonando los efectos de la providencia jurisdiccional requerida con la utilidad que de tal providencia puede seguirse para quien la requiere, respecto de una determinada relación jurídica".
- b). Que, aunque en la sentencia no consignaron el principio de verdad biológica como un fundamento, este prevaleció para que su hermano (demandante) tuviera la legitimidad para obrar y en consecuencia poder impugnar la maternidad. Así mismo, bajo este mismo principio dejan abierta la posibilidad de impugnación, toda vez que la inseminación a la que se sometió la demandada, no está permitida, además que el donante de espermatozoides no estuvo de acuerdo; en consecuencia, no le corresponde la maternidad ni biológica- genética, ni legal.

Anexo 2

Ficha de análisis de jurisprudencia

Expediente: Nro. : 183515 - 2006 - 00113. Lima-Perú

Juzgado: JUZGADO DECIMOQUINTO ESPECIALIZADO DE FAMILIA

Materia: Impugnación de maternidad

Demandante: Carla Monique See Aurich.

Demandados: Jenny Lucero Aurich De La Oliva y Luis Eduardo Menzoa Barber

Fecha: 06 – 01 – 2009.

Presentación y formulación del caso

- ✓ Que Carla Monique See Aurich está casada con Luis Eduardo Menzoa Barber
- ✓ Que al tener ella serios problemas de concepción, acudió junto con su esposo para que se sometieran a una TERA, en donde Jenny Lucero Aurich De La Oliva (madre de la demandante), ofrecido su vientre para posibilitar la procreación de un hijo, se realizó el procedimiento de "maternidad subrogada" en cuyo vientre se iba implantar el embrión concebido con las células sexuales de la pareja.
- ✓ 06-05-2005 nace la menor D. Mendoza Aurich, sin embargo el día que nace su hija, la Clínica de Miraflores consigna en la partida de nacimiento, de manera errónea, que la madre de Daniela era Jenny Lucero Aurich De La Oliva, esto es que, según la partida de nacimiento Daniela y la actora son hermanas e hijas de Jenny Lucero Aurich De La Oliva.

Argumento del fallo:

- a) Que es Lícita la subrogación uterina, toma en cuenta:
 - + La demandante ha probado tener una imposibilidad médica procreacional real.
 - + habiéndose determinado objetiva y científicamente, que la demandante Carla Monique See Aurich tiene la calidad de "madre biológica" lo que la doctrina y la ciencia también la califica como "madre genética" de la citada niña, y doña Jenny Lucero Aurich De la Oliva como "madre sustituta".
 - + Que al no cumplirse el supuesto planteado por el Art. 7 de la ley general de salud "madre genética" y "madre gestante" recaigan sobre diferentes personas, situación fáctica que no está prohibido legalmente, pero tampoco no está expresamente permitido, y a tenor de lo dispuesto en el Art. 2º inciso 24 letra a) de la Constitución Política del Estado, se concluye que es lícita tal conducta, cadenas considerando que la conducta de la subrogada es con fines altruistas sin fines de lucro.
- b) Que, regresando al concepto tradicional, salvo los casos de adopción, "madre solo hay una" la misma que se determina por la "filiación. biológica", por la identidad sanguínea, por la identidad biológica, que los genes transmiten de padres a hijos, la herencia de los caracteres anatómicos, citológicos funcionales entre los padres y los hijos; y por lo tanto debe ampararse la pretensión demandada, pese a que en el acta de nacimiento de la niña se encuentra registrada y expresamente reconocida como madre a la subrogada y lleva yuxtapuesto a su nombre y luego del primer apellido del padre, Que se dejara de aplicar lo dispuesto en el Art. 395 del código civil, aceptándose a la demandante como madre de la menor.

Conclusión:

- a) Dejan sentado la validez del contrato de subrogación uterina, ya que la demandante acredita fehacientemente su condición médica que le impedía ser madre, y se demuestra la intención altruista bajo la cual se pactó este contrato de subrogación.
- b) Que los administradores de justicia no pueden dejar de impartirla frente a vacíos o deficiencia de la ley.
- c) Que el principio de verdad biológica y el derecho a la identidad se encuentran amparados en los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales han firmados y ratificados por el Perú, en consecuencia, en esta materia tienen jerarquía constitucional.
- d) Que se dejara de aplicar lo dispuesto en el Art. 395 del código civil, en virtud al principio de verdad biológica- genética.

Anexo 3

Ficha de análisis de jurisprudencia

Expediente: Cas. N° 4323-2010. Lima-Perú.

Juzgado: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA- SALA CIVIL
PERMANENTE

Materia: Nulidad de acto jurídico

Demandante: PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila

Demandado: la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez. Custodio Olsen Quispe Condori

Fecha: 11- 08 – 2011.

Presentación y formulación del caso

- ✓ Que se firmaron un contrato de aplicación de una TERA en una pareja conformada por Custodio Olsen Quispe Condori y María Alicia Alfaro Dávila, en donde se donaría los gametos femeninos (óvulos) de una donante anónima y se utilizaría los gametos (espermatozoides) del esposo. Ya que ella (esposa) no puede ovular, implantándose el producto en su útero.
- ✓ Que producto de esta práctica nació una niña (con problema de salud), por lo que el padre quería desligarse legalmente, solicitando la nulidad del acto jurídico del convenio denominado “Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria”.
- ✓ La mencionada sentencia plantea se declare fundada la nulidad de acto jurídico.
- ✓ Los demandantes PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila, solicitan se declare infundada la nulidad del acto jurídico.

Argumento del fallo

- a) respecto a la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley 26842 “ Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida...” en ese contexto, se puede advertir que nuestra legislación admite las técnicas de reproducción asistida –TERAS. Esto daría pie a la subrogación uterina.
- b) en virtud al axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, reconocido por el Tribunal Constitucional: “En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido”. por consiguiente, el aludido procedimiento de “ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.
- c) Que el documento y las cláusulas contractuales están debidamente establecidas, y al firmarlo, configura una manifestación de voluntad válida y además ratificada en el documento denominado autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria.
- d) Al menor producto de esta TERA le protege en virtud a lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil, artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículos 2, 3, 6 y

12 de la Convención sobre los derechos del niño, que regulan los principios rectores sobre el interés superior del niño.

- e) Respecto de la validez del contrato contenido en el Artículo 140 del código civil, se llega a concluir que cumple con los requisitos, por consiguiente lo resuelto por la Sala Superior no se ajusta a derecho, correspondiendo declarar fundado el recurso de casación, casar la sentencia de vista y en sede de instancia confirmar la sentencia apelada

Conclusión

- a) Que es válido el contrato de autorización de una TERA, ya que al no estar expresamente ni permitido ni prohibido (Vacío de la norma), deviene en lícito y valido este tipo de contratos.
- b) Que, al encontrar un vacío legal, el juzgado debe administrar justicia, para lo cual analiza e interpreta la normativa ya existente (nacional e internacional), para dejar un precedente jurisprudencial.
- c) Que en virtud al axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, es posible y permitido la Ovodonación (donación del gameto femenino – ovulo)
- d) Que a la niña producto de esta TERA le asisten todos los derechos para su protección, siempre se debe ponderar el interés superior del niño.

Anexo 4

Ficha de análisis de jurisprudencia

Expediente: CAS. N° 563-2011. Lima- Perú

Juzgado: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA SALA CIVIL PERMANENTE

Materia: Demanda de adopción por excepción de la niña V. Palomino Castro

Demandantes: Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone

Demandados: Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero.

Fecha: 06 – 12 - 2011

Presentación y formulación del caso

- ✓ El 26-12-2006. Nace la menor V. Palomino Castro, se inscribe la partida de nacimiento indicando como padres legales y biológicos a Frank Palomino Cordero y Zenaida Castro Muñoz.
- ✓ Que solicitan su adopción arguyendo que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso “b)” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente.
- ✓ los demandados precisando que se allanan y reconocen la demanda en los términos que allí constan
- ✓ tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió sentencia declarando fundada la demanda
- ✓ Zenaida Castro Muñoz, desiste de dar en adopción a la menor.
- ✓ En el proceso se encuentra que la pareja demandante había pactado con los codemandados una subrogación uterina para tener un hijo (niña), sometiéndose a una TERA en donde la gestante sería la donante del ovulo y el donante de espermatozoides sería el demandante; que cuando naciera el producto se la entregarían en cuanto fuera posible, a cambio la pareja les ayudaría con una suma de dinero para apoyarlos. Desiste la codemandada porque solicito más dinero de lo acordado.

Argumentos del fallo:

- a) que, los demandados figuran formal y legalmente como progenitores de la niña y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija.
- b) Que, bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que:
 - + con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre - adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia.
 - + que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante confluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre - adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno.

+ se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad; la intencionalidad de los demandados en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta del previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.

+ Aunque inicialmente se mintió respecto del parentesco entre los solicitantes, indicando que eran familiares, cuando en realidad el esposo era el padre biológico, incurriendo así en una falta que impediría la adopción preferente, se ha ponderado el interés superior del menor, por consiguiente declara fundada la demanda.

Conclusión

- a) Que la partida de nacimiento es un documento público formal y legal que da inicio a la filiación.
- b) Que en la filiación paterna el código civil regula y acepta el principio de verdad biológica.
- c) Que se apartan de la literalidad de las normas en virtud de los hechos (realidad), ya que los administradores de justicia no pueden dejar de impartirla frente a vacíos o deficiencia de la ley.
- d) En este fallo han considerado como prevalencia el principio de Interés Superior del Niño y Adolescente, como el elemento fundamental para que gocen del derecho a tener una familia y la protección de los mismos. Este debe entenderse como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado.

Anexo 5

Ficha de análisis de jurisprudencia

Expediente: N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Lima-Perú.

Juzgado: QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL

Materia: Proceso de amparo- Rectificación de partidas de nacimiento.

Demandantes: Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y los menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R

Demandado: RENIEC

Fecha: 20- 12 - 2017.

Presentación y formulación del caso

- ✓ Que los Sres. Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio
- ✓ La pareja presentaba imposibilidad de procrear, por lo que se sometieron a una TERA para lo cual recurrieron a un contrato privado de subrogación uterina. Para ello, se procedió a la fecundación in vitro, con el óvulo de una donante anónima y de los espermatozoides del Sr. Nieves (esposo), y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas.
- ✓ El 19-11-2015 nacen los menores L.N.N.R. y C.D.N.R Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo.
- ✓ Posteriormente se solicitó rectificar la partida de nacimiento en el RENIEC, Tras ello, el RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales N° 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIMGOR/RENIEC (29-02- 2016) y la Resolución Registral N°299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, (29-02-2016).

Argumento del fallo

- a) Concluyen que, si es lícita la subrogación uterina, indicando:
- + La normativa y jurisprudencia convencional – al que se encuentra sometido este Juzgado por imperio del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para –de manera informada asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como “vientre de alquiler”). De modo que no existen razones para que el Estado, actuando a través de este Juzgado constitucional, niegue la protección que el ordenamiento convencional reconoce, tanto más, si no existe legislación que prohíba expresamente la técnica de reproducción utilizada por los actores.
 - + No puede realizarse una interpretación a contrario sensu del texto citado para concluir que proscriba el uso de TERAS para otras situaciones. Lo único que puede afirmarse es que EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD NO REGULA MÁS SUPUESTOS QUE LA MADRE GESTANTE COMPARTA CARGA GENÉTICA CON SU BEBÉ.

+ con respecto al derecho a la familia y/o protección familiar o vida familiar, se debe recordar que constituye una garantía ius fundamental prevista tanto en la Constitución Política del Perú como en diversos Pactos Internacionales suscritos por el Perú. En el ámbito interno, el derecho a la familia, en tanto instituto natural, está inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales y como consecuencia de ello es que han generado las llamadas “familias ensambladas” que tienen estructuras distintas a la tradicional que, sin embargo, también merecen protección y reconocimiento. Por lo que los Sres. Nieves-Ballesteros tienen derecho a fundar una familia, acudiendo a los métodos científicos y legales que permite el ordenamiento jurídico peruano, por lo que el RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en que se constituye y estructura esta familia.

b) Respecto del interés superior de los menores, consideran que:

+ Sra. Ballesteros desde un inicio tuvo voluntad pro-creacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica que desde un inicio –y hasta ahora- tuvo una voluntad de entregar a los menores a la Sra. Ballesteros.

+ Sra. Ballesteros y su esposo tienen a los menores bajo su guarda y que, de hecho, ejercen los cuidados y atributos propios de unos auténticos padres (lo que no ocurre con la Sra. Rojas), le otorga una mejor posición para ser considerada como madre de los menores.

+ El derecho a la identidad de los menores, derecho previsto en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. En virtud del principio de verdad biológica.

c) junto con el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia de los padres Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, corresponde también que se otorgue tutela al derecho al nombre de sus hijos de iniciales L. N.R. y C. D. N. R. debiendo el RENIEC reponer las cosas al estado anterior a los agravios generados en su contra, anulando las partidas que emitió y emitiendo nuevas partidas.

Conclusión

- a) Dejan sentado la licitud del contrato de subrogación uterina, indicando a su vez que no se puede interpretar erróneamente el Art.7 de la Ley general de salud, siendo que este es el que da pie a los derechos reproductivos, dejando claro que esta situación que presenta la maternidad subrogada, genera un vacío legal.
- b) Que el derecho a la familia en el Perú, en tanto instituto natural, ha evolucionado inevitablemente, encontrando en la realidad nuevos contextos sociales y como consecuencia de ello es que han generado las llamadas “familias ensambladas” que tienen estructuras distintas a la tradicional que, pero también merecen protección y reconocimiento.
- c) Respecto de la sentencia, como se ha mencionado anteriormente y en esa línea los tribunales ante un hecho que no se encuentra precisamente regulados tiene la obligación de resolver y de esta manera administrar justicia.
- d) Contemplan el interés superior de los menores, fundamentados en la voluntad de ser madre (Sra. Ballesteros- esposa) y el derecho a la identidad, que se fundamenta en el principio de verdad biológica (Sr. Nieves-esposo).

Anexo 6

Ficha de análisis de jurisprudencia

Expediente: STC 20614-2017. Bogotá- Colombia

Juzgado: Corte Suprema de Justicia- Sala de casación civil

Materia: Acción de Tutela

Demandantes: Jizra Engelhardt y Roland Beunis

Demandado: La Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos-Invima- y el Instituto Nacional de Salud.

Fecha: 06-12-2017

Presentación y formulación del caso

- ✓ Que una pareja de ciudadanos extranjeros de paso transitorio en Colombia que acudieron a un tratamiento de fertilización, en el 2014 se le diagnostica infertilidad secundaria e inician el procedimiento de “fertilización invitro” en el Instituto Antioqueño de Fertilización Humana, siguiendo los protocolos para la obtención del material genético de la pareja logrando la consecución de 11 embriones sanos para ser criopreservados durante el 2014 al 2017, emprendiéndose a lo largo de este tiempo los procedimientos científicos con el fin de lograr la fecundación, sin obtener resultados positivos.
- ✓ En Marzo de 2017 decidieron interrumpir el ciclo de transferencia de los embriones en Colombia, optando para acudir a los EEUU por lo que eligieron enviarlos al Pacific Fertility Center ubicado en los Angeles California, para iniciar el nuevo procedimiento de TERA- maternidad subrogada como posibilidad.
- ✓ Elevaron su petición al Centro de Fertilidad Colombiano, para transferir sus embriones a EEUU., situación por la cual esa entidad solicitó a la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud de Colombia la autorización y el correspondiente protocolo de salida del país del material genético, pedimento acompañado por “La solicitud formal de transferencia de embriones suscrita por los pacientes, una carta de la Dra. Yanqing Flan, Directora de Laboratorio del Pacific Fertility Cerner Los Ángeles y una carta del médico tratante en la ciudad de Medellín Dr. Juan Luis Gruido Moreno”.
- ✓ El 13 de junio esta institución responde indicando que se le niega la carta de solicitud indicando que no existe legislación respecto de este tipo de técnicas, y que en consecuencia al no estar regulado, ellos no podían permitir el envío de este material genético a EEUU, siendo que las instituciones demandadas tuvieron pronunciamiento en igual consideración (como no hay normativa, no procede).
- ✓ Se le niega su amparo, se impugna la sentencia, y finalmente se llega a casación. Esto en virtud de que todos los ciudadanos colombianos tienen derecho a la protección de sus derechos fundamentales, y que aunque sean ciudadanos extranjeros les corresponde la ley civil de Colombia.

Argumento del fallo

Concluyen que:

- a). de las convenciones internacionales de derechos humanos ratificadas por Colombia que, como se sabe, hacen parte de la Carta Política a través del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución Política) y obligan a los países y a sus jurisdicciones a aplicar sus contenidos, dimana, entre otras cosas, la obligación de garantizar la prerrogativa a la libre reproducción humana, el derecho de autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones acerca de los procedimientos de reproducción a que busque recurrir, entendidos que convergen, a su vez, con la temática de la protección a la unidad familiar, el libre desarrollo de la personalidad, la protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos, parejamente, aquellas disponen que tales resultan obligatorias para Colombia, por cuanto su función es la observancia y defensa de los derechos humanos, siendo de ese modo que los jueces deben ejercer, para efectos de proteger esas garantías, un control de convencionalidad, además del de constitucionalidad y analizar si se deben aplicar las normas de la Convención Interamericana y su jurisprudencia a un caso en particular. Indica que este tipo de prácticas son reguladas a través del decreto 1546 de 1998 que en su canon 48 determina la autorización legal para la preservación de embriones y regula la posibilidad de ser transportados, otorgando la responsabilidad de ella a la institución receptora, en consecuencia no afectan los principios éticos básicos ni refieren a ilicitudes, indicando que podrán servir para regular las relaciones entre las partes respecto a los términos plasmados en ellos.
- b). la sala encuentra que es de gran importancia proteger los derechos sexuales y reproductivos de los actores, que de ninguna manera pueden ser vulnerados por el estado colombiano, que al escribir una serie de tratados
- c). finalmente fallo: revocando la sentencia y le concedió el tutelar a favor de los derechos fundamentales a la familia, igualdad libre desarrollo de la personalidad, salud, intimidad, dignidad humana, vida privada y familiar, integridad personal en relación con la autonomía personal, salud sexual y reproductiva, gozar de los beneficios del proceso científico y tecnológico y no discriminación.

Conclusión

- a). Dejan claramente establecido, que cuando se tenga que interpretar la normativa, tiene que tenerse muy presente a los derechos fundamentales, más aun cuando el estado colombiano es parte de algún tratado o internacional, por lo tanto se les debe tutelar y respecto de los justiciables, se les debe brindar todas las garantías constitucionales.
- b). Indican que es lícito y ético, bajo protocolos legalmente establecidos la preservación de embriones y además la posibilidad de disposición de los mismos, la cual incluye la de ser transportados, desde luego indicando el lugar a donde se les llevara.
- c). Consideran como derechos fundamentales a la familia, igualdad libre desarrollo de la personalidad, salud, intimidad, dignidad humana, vida privada y familiar, integridad personal en relación con la autonomía personal, salud sexual y reproductiva, gozar de los beneficios del proceso científico y tecnológico y no discriminación.

Anexo 7

Ficha de análisis de jurisprudencia

Expediente: expediente T-2220700. Bogotá- Colombia

Juzgado: Tribunal Constitucional

Materia: Acción de Tutela

Demandantes: Sarai

Demandado: El Juzgado Décimo de Familia de Cali

Fecha: 18-12-2009

Presentación y formulación del caso

- ✓ Se trata de una pareja de esposos conformada por un colombiano Salomón y por la dominicana Raquel, que decidieron acudir a un contrato de subrogación uterina con la señora Sarai en Cali-Colombia, en el Centro Biomedicina Reproductiva del Valle S.A., Fecundar y del Dr. Marco Julio Velásquez Vega, en donde realizaron 4 ciclos con los gametos (ovulo-espermatozoide) de los esposos, siendo que no dieron resultado, luego cambiaron de establecimiento al Sociedad Unidad de Medicina Reproductiva Centro Médico Imbanaco de Cali, en donde se le realiza fertilización asistida a su propio ovulo (Sarai como donante), logrando la gestación.
- ✓ Se quedó en un contrato verbal respecto de un pago que sería de manera periódica (4 giros) hasta completar la suma de \$18.019.000.00 de pesos colombianos.
- ✓ Que el 21 de marzo de 2006, producto de este procedimiento de fertilización nacieron 2 niños en la ciudad de Cali
- ✓ Que la madre3 afilio a los niños con sus apellidos, desconociendo la filiación de los esposos, y en su defecto la paternidad del Sr. Salomón.
- ✓ Luego se enfrascaron en un proceso judicial que ordeno que los niños fueran a vivir con la tía paterna, la cual vivía en Cali; ya que los niños presentaban desmejoro en su salud y el hogar materno no era adecuado.
- ✓ Finalmente se presenta el caso al Tribunal Constitucional Colombiano.

Argumento del fallo

Concluyen que:

a). Los menores de edad son sujetos de especial protección y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás. De conformidad con el artículo 44 de la Constitución son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Gozan también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Más adelante esta misma disposición sostiene, que deben ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás.

Esta protección reforzada de los derechos de los niños, según la jurisprudencia constitucional, encuentra sustento en tres (3) razones principales: i) su situación de fragilidad frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal; (ii) es una manera de promover una sociedad democrática en la que sus miembros conozcan y compartan los principios de libertad, igualdad, tolerancia y solidaridad; y (iii) es una forma de corregir el déficit de representación política que padecen los niños en nuestro sistema político, al no poder participar directamente en el debate legislativo.

b). El interés superior del menor: criterios jurídicos para determinarlo. La Corte ha señalado insistentemente que en todas las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos en las que se encuentren involucrados menores de edad, deben estar siempre orientadas por el principio del interés superior del menor, contenidos en El Código de la Infancia y la Adolescencia colombianos; la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su artículo 3-1; la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en este contexto, para la Corte, “el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”. En consecuencia, las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y las autoridades judiciales, incluyendo los jueces de tutela, con el propósito de establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, en el ejercicio de la discrecionalidad que les es propia y de acuerdo a sus deberes constitucionales y legales; En este sentido, la Corte ha fijado reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de sus circunstancias particulares:

(i) Garantía del desarrollo integral del menor. Se debe, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Corresponde a la familia, la sociedad y el Estado, brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor. El artículo 7 del Código de la Infancia y la Adolescencia entiende por protección integral “el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.” El mandato constitucional en cuestión, que debe materializarse teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño, se encuentra reflejado en los artículos 6-2 y 27-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño. (ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Los derechos de los menores deben interpretarse de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia. El artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia contiene un mandato contundente en este sentido: “Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o

adolescente.”(iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y protegerlos frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. No en vano el artículo 44 de la Carta ordena que los menores “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.”

(iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres, pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. En este contexto, los derechos e intereses de los padres solo podrán ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga el interés prevalente del menor. (v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. El desarrollo integral y armónico del menor (art. 44 CP), exige una familia en la que los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección.

c). La idoneidad del grupo familiar. El artículo 42 de la Carta en relación con la familia dispone que se conforma “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” La jurisprudencia constitucional se señaló que este concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo, el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, según la jurisprudencia constitucional, se relaciona directamente con su derecho a recibir amor y cuidado para poder desarrollarse en forma plena y armónica, de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución. Esta regla ha sido reconocida por el derecho internacional público y el Código de la Infancia y la Adolescencia la consagra a su vez en su art. 22, como ya se señaló.

d). La custodia y cuidado personal del menor. El artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.”

La Corte ha concluido, en principio, que la definición de la custodia provisional y definitiva de un menor escapa del resorte de competencia del juez constitucional, como quiera que en el ordenamiento jurídico existe una serie de trámites administrativos y judiciales eficaces, a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños, de suerte que la acción de tutela deviene improcedente para estos efectos.

e). El alquiler de vientre no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción, es que el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el esperma del padre. En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos; Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas

jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.”. La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia. Debe la Sala precisar, en todo caso, que el proceso que culminó con el nacimiento de los menores Samuel y David, no constituye un arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, puesto que la señora Sarai es la madre biológica de los menores. Además, suponiendo que esa hubiese sido su intención inicial, de las declaraciones del padre se desprende claramente que por lo menos desde noviembre de 2005 había anunciado al señor salomón su decisión de criar a los niños.

f). La revisión del expediente y la valoración de las pruebas ordenadas por esta Sala, no evidencian la existencia de una circunstancia que constituya razón suficiente para separar a los niños Samuel y David del entorno familiar materno, máxime cuando la madre cambió de domicilio para ofrecer un ambiente más saludable a sus hijos. Incluso los episodios de violencia intrafamiliar que en algún momento son aducidos como justificación para suspender provisionalmente la custodia y cuidado personal que detentaba la madre, nunca fueron dirigidos contra los menores y si se presentaron fue con anterioridad a su nacimiento.

g). el padre de los menores deberá traer los niños a Colombia, a la ciudad donde se encuentre domiciliada la madre, como mínimo tres (3) veces al año, durante las vacaciones de Semana Santa o su equivalente, mitad de año (junio-julio) y de fin de año (diciembre), hasta tanto se decidan definitivamente los procesos de custodia y cuidado personal y pérdida de la patria potestad por las autoridades competentes. Los gastos que ocasione el traslado de los menores durante estas fechas, así como de alimentación, salud, vestuario y recreación, y en general todos los gastos que demande su estadía en el país, deberán ser asumidos por el padre, de acuerdo con la cuota que para tales efectos determine el Juzgado Décimo de Familia de Cali, la cual deberá estar acorde con las reales condiciones económicas del padre de manera que se garantice el nivel de vida que los menores han tenido hasta el momento, o facilitar el traslado de la madre a los Estados Unidos en tales oportunidades asumiendo todos los costos que ello suponga.

Conclusión

a). Observamos que en la presente sentencia queda establecida la prevalencia del principio de interés superior del menor, para lo cual la Corte ha fijado reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de sus circunstancias particulares. Queda claro que este principio prevalece por encima de los derechos fundamentales de los padres.

b). respecto de la maternidad subrogada consideran que la madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el esperma del padre. En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos; Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, y en consecuencia, es aceptado como lícito por el Tribunal Constitucional colombiano.

c). No se consideró en el presente caso que se tratara de un contrato de subrogación uterina, porque la donante y gestante eran la misma persona, además se trató de un contrato verbal y no escrito, por lo tanto se habla de un pacto; sin embargo la madre de los gemelos decidió no separarse de los mismos, siendo este un derecho que le asiste y se le reconoce.

Anexo 8

Ficha de análisis de jurisprudencia

Expediente: EXPTE. N° 796/15

Juzgado: Poder Judicial Mendoza - Argentina

Materia: C.M. E. Y J. R. M. Por inscripción nacimiento

Demandantes: M. E. C. (Sra. C) y M. J. (Sr. J)

Demandado: -

Fecha: 15-12-2015

Presentación y formulación del caso

- ✓ Que la pareja M. E. C. y M. J. convino realizar una subrogación uterina, en forma altruista y gratuita, con la Sra. C. B. D. L. (madre de la Sra.C); porque la Sra. C. no podía gestar a su hijo, ya que fue sometida a una cirugía de histerectomía (extracción del útero y anexos). Antes de someterse a este procedimiento la Sra. M. E. C guardo sus óvulos, con la finalidad de tener sus hijos después de su cirugía. La Sra. C. y el Sr. J. Ambas partes concurren al Instituto de Reproducción Asistida “Tersoglio”, en nuestra ciudad, a fin de iniciar el procedimiento, con ellos también participó la Sra. D. L. El Procedimiento fue fecundación in vitro con óvulos extraídos de la Sra. C. y espermatozoides del Sr. J. y posterior implantación de dos embriones en el útero de la Sra. D. L., habiendo anidado tres de tales embriones, el que gestaría esta última.
- ✓ Que la Sra. D. L. nunca tuvo intención de procrear un hijo propio, ya que ella biológicamente sería su abuela materna y no su madre, por lo que su voluntad fue gestar un bebé para su hija y su yerno.
- ✓ Que el 9 de marzo de 2015 nacieron en el Hospital Español de Mendoza los tres bebés a los que les pusieron el nombre de: M. A., B. M. y C. D., todos hijos de la Sra. C. B. D. L. solamente, y sin haber consignado filiación paterna.
- ✓ Generándose aquí un problema de filiación, porque debían figurar como hijos de la Sra. C y el Sr. J, para lo cual se sometieron a la prueba de ADN, la cual confirmó la maternidad y paternidad biológica de los trillizos

Argumento del fallo

A) **Respecto de la maternidad por subrogación.** Siguiendo la doctrina del fallo del Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Civil N°. 86, de fecha: 18/06/2013, caratulados “N.N. O D G M B M s/ inscripción de nacimiento” se hace necesario discernir respecto de los siguientes temas:

- a) **La atribución de la maternidad en el derecho argentino y la inscripción del nacimiento:** Así, como es sabido y conforme surge de las disposiciones del aún vigente Código Civil en el art. 242 y lo dispuesto en lo pertinente por la ley Ley 24.540 de Régimen de Identificación de Recién Nacidos, modificada por la ley 24.884 esta es la línea que surge de nuestro ordenamiento legal, por sobre el elemento voluntarista de aceptación o asunción de la filiación. Así, establece la primera norma citada que “La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a

petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido”. Al respecto, señala Zannoni que “La ley 23.264 ha preferido, pues, prever la determinación de la maternidad de modo positivo si resulta directa e inmediatamente del nacimiento: demostrado el parto y la identidad del hijo queda constituida la maternidad jurídica que, por tanto, coincide con la biológica, sin precisar más requisitos” (ZANNONI, Eduardo A., Derecho civil. Derecho de familia, t. II, 4ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 340).

A ello cabe agregar que cuando quien da a luz se encuentra casada, inmediatamente y por imperio de lo prescripto por el siguiente artículo (Art. 243, 1er párrafo del C.C) la paternidad del nacido se atribuye al marido de la madre. Estas normas deben complementarse con las disposiciones que emanan de la ley 26.413, en particular, arts. 32 y 33.

b) ***Las técnicas de Reproducción Humana Asistida y la gestación por sustitución:***

Dentro de la variedad que incluyen estas técnicas encontramos la inseminación artificial, que puede realizarse con material genético de la pareja que se somete a los métodos (denominándose en este caso homologa) que es el supuesto que se plantea en las presentes actuaciones.

Empero, la circunstancia particular que aquí se ha dado es que el material genético fue implantado en un vientre que no era el de quien aquí reclama la maternidad utilizando la técnica denominada “gestación por sustitución”.

En base a lo expuesto, el problema que se presenta frente a la llamada “maternidad subrogada” o “gestación por sustitución” es, básicamente, la atribución de la maternidad respecto del nacido, teniendo en cuenta los principios que reglan la materia, ya reseñados. Ello establecido, precisado el concepto que involucra la llamada gestación por sustitución, a la par que señaladas las bases que sienta el ordenamiento legal en la actualidad, y aun ponderando el reciente dictado de la ley sobre técnicas de reproducción médicamente asistida, lo cierto es que, en principio y como se vio, ante la ausencia de una legislación específica que regule las cuestiones inherentes a este medio de acceder a la maternidad correspondería aplicar la normativa general de fondo.

Por ello y a los efectos de dictar un pronunciamiento que sea útil y efectivo pese a lo observado, debemos retomar en este punto lo referido a la voluntad procreacional de la pareja, así como también, a no dudar, lo que surge de la **correspondencia genética del nacido con la pareja que**, en definitiva, es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que asienta el derecho filial argentino, esto es, la correspondencia de la identidad biológica tal como indica la Sra. Fiscal y la Sra. Asesora en sus respectivos dictámenes favorables.

En último término corresponderá pues hacer notar que en la técnica utilizada se han respetado las bases que se sientan en nuevo Código Civil y Comercial que, de algún modo, sin duda opera como una pauta a favor de la petición formulada.

En este sentido, se ha señalado que el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante TRHA, es la **voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera.**

c) ***La voluntad procreacional:*** La llamada voluntad procreacional entonces no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en

miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida -se ha afirmado- es la típica fuente de creación del vínculo.

De esta manera, desde la procreación asistida, lo biológico ya no comprende lo genético, ni lo genético comprende lo biológico. Entonces, si antes se distinguía entre biológico y voluntario, hoy se observan tres criterios perfectamente diferenciados: genético, biológico y voluntario, que a su vez dan lugar a tres verdades: la verdad genética, la biológica y la voluntaria.

De esta manera indican que, si bien las TRHA son generalmente utilizadas por quienes no quieren renunciar a tener un hijo “genéticamente propio”, el elemento genético no es el que determina la filiación sino el volitivo, la voluntad procreacional.

d) *La gestación por sustitución, el anteproyecto y el nuevo Código Civil y*

Comercial: El Anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución; disposición que fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores.

No obstante su eliminación, la gestación por sustitución no ha sido prohibida, por lo que el tema queda sujeto a la discrecionalidad judicial, tal como sucede hoy.

Así se ha sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que “el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.).

Y es que una pareja de personas que son y se sienten padres, acuden a la justicia para aclarar la filiación de tres recién nacidos traídos a este mundo, y habiendo tenido con esos padres y con esos niños contacto directos (según audiencia de fs. 89), debo resolver respecto de un atributo de la personalidad de un ser humano –en el caso tres recién nacido-, cual es la verdadera filiación para su correcta inscripción en el Registro Civil, y ese ha sido el eje de mi accionar a lo largo del íter procesal de estos autos y del razonamiento de esta resolución.

Que a mi criterio la plataforma fáctica no contraría normas de la moral de este tiempo, ni es una actividad prohibida por la ley.

Resuelve:

- 1.- DETERMINAR que la filiación paterna y materna de los niños M. A. D., B. M. D. y C. M. D., todos de sexo masculino, nacidos el día 9 de marzo del 2015, a las 8.32, 8.33 y 8.34 hs., en el Hospital Español, Departamento de Godoy Cruz, Mendoza, corresponde a los Sres. M. M. M. J. R, DNI ... y M. E. C., DNI ..., por lo considerado.-
- 2.- Ordenar la inmovilización de las actas de nacimiento N° ..., ... y ..., todas del Libro-Registro N° 10.474, Año 2015, de la Oficina Godoy Cruz, departamento homónimo, del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Mendoza.
- 3.- Ordenar la inscripción de los tres nacimientos bajo la forma de sendas nuevas actas de nacimiento, en el respectivo libro del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, del domicilio de los peticionantes, en la que deberán figurar los niños como: M. A. J. C., B. M. J. C. y C. M. J. C., hijos del matrimonio compuesto por el Sr. M. M. M. J. R, DNI ... y la Sra. M. E. C., DNI ...; todos con domicilio en calle ..., provincia de Mendoza, y demás datos extraídos de las partidas de nacimiento individualizadas en el pto. 2. OFÍCIESE.

Asimismo deberán confeccionarse los respectivos DNI a nombre de los niños, con los datos filiatorios precedentemente dispuestos.

- 4.- IMPONER a los progenitores, a partir del momento en que sus hijos adquieran edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarles respecto de su origen gestacional (cf. art. 563 y cc, CCyC).-
- 5.- Imponer las costas a los presentantes, por no existir contradictor.
- 6.- Regular los honorarios profesionales de la Dra. Fabiana M. Quaini, en la suma de pesos diez mil (\$...), conforme art. 10, ley 3641.-
- 7.- Notifíquese a la Sra. Asesora y a la Agente Fiscal con remisión de autos y a los presentantes vía electrónica.-

CÓPIESE. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. OFÍCIESE. Oportunamente ARCHIVESE.

Conclusión

- a). En la presente sentencia se indica que en argentina se continua bajo el Principio “*Mater certa est*”, pero que con la aplicación de las TERHAS, se plantea la necesidad de apartarse de este.
- b) que la maternidad subrogado está permitida, pero que no se encuentra expresamente regulada, pero que en virtud de que en autos se ha articulado una ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA, tendiente a determinar la filiación de tres niños recién nacido, por una técnica de reproducción humana asistida, para su correcta inscripción en el Registro Civil; todo ello a través del procedimiento previsto en el art. 76 bis de la Ley 6354, es decir como MEDIDA AUTOSATISFACTIVA.
- c). Así mismo hace una presentación respecto de la maternidad subrogada en sus fundamentos y que aspectos debería tomarse en cuenta para realizar la filiación de los menores, concluyendo que según la doctrina y jurisprudencia nacional; que si bien es cierto el Principio de verdad biológica- genética es importante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante TRHA, sin embargo, prevalece la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera.
- d). en el presente caso, se concluyó que los padres de los trillizos, por verdad biológica y por voluntad procreacional, son los Srs. C y J.